



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

General

510

H477.5



General

510

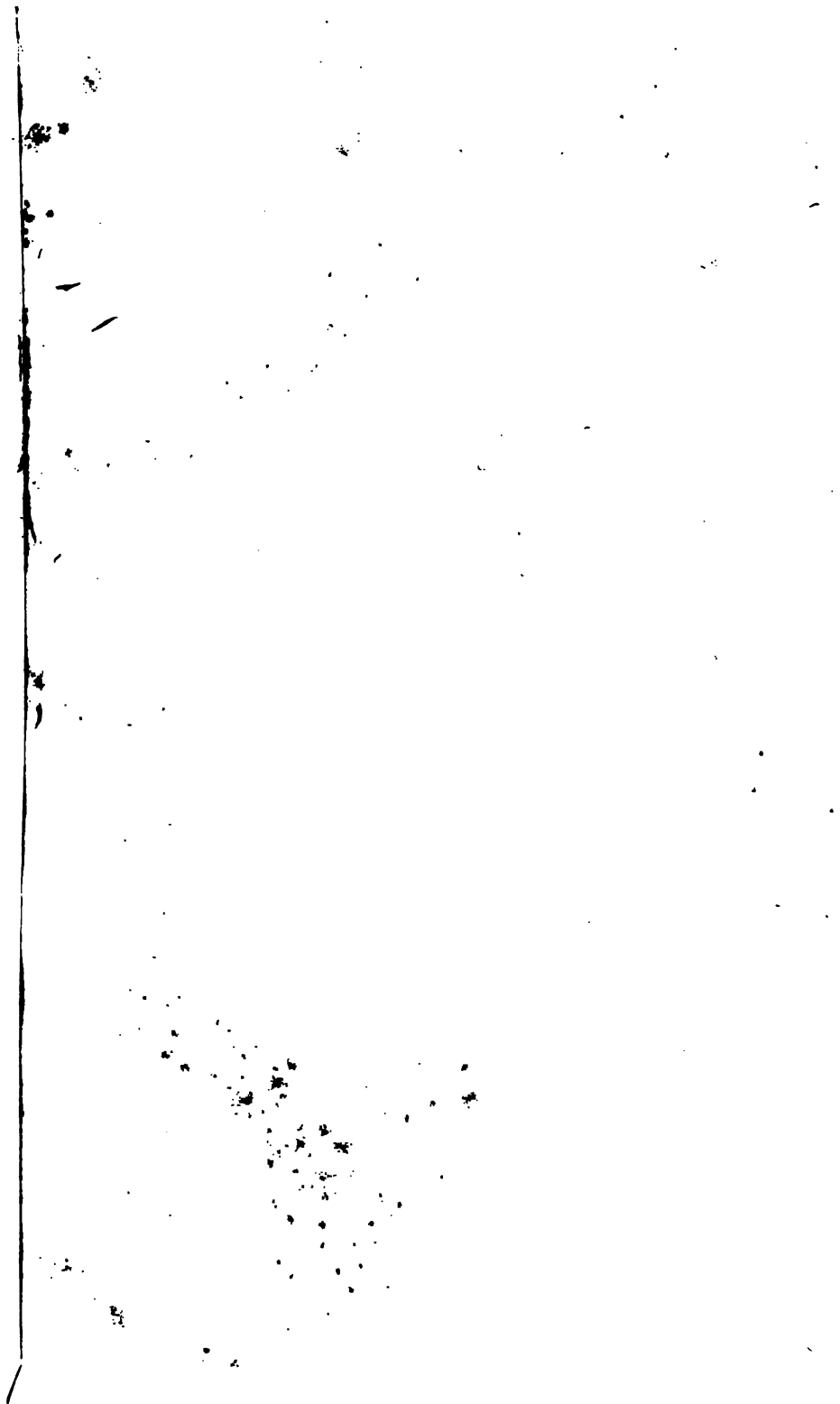
H 477.5



2



77.0.7.







1882  
7114

DIE

STELLVERTRETUNG

c

IN

RECHTSGESCHÄFTEN

VON

FRIEDRICH HELLMANN.

---

MÜNCHEN

THEODOR ACKERMANN

KÖNIGLICHER HOF- BUCHHÄNDLER.

1882.



## Vorwort.

---

Der vorliegende Versuch, das Institut der sogenannten direkten oder freien Stellvertretung in Rechtsgeschäften als ein in den Quellen des römischen Rechts vorhandenes nachzuweisen, knüpft an die von *Savigny* aufgestellte Behauptung an. Während jedoch dieser — bisher unter Widerspruch aller Schriftsteller — seine Behauptung lediglich durch den Hinweis auf die Thatsache begründet, dass der Bote dem römischen Rechte als Vermittler von Rechtsgeschäften bekannt gewesen sei, indem er diesem die gleiche Funktion, wie die Modernen dem Stellvertreter wenigstens für das Justinianische Recht zuschreibt, wurden hier die römischen Quellen unter Abstraktion von dem nirgendwo definirten Begriff des *nuntius* noch einmal nach zwei Richtungen hin untersucht. Einmal wurde geprüft, ob die Quellen nicht positive Belege für die Zulässigkeit der Stellvertretung enthalten, sodann, ob die gemeinhin gegen die Zulässigkeit angeführten Belege als solche gelten können. Das Resultat war nach der ersten Richtung ein bejahendes, nach der letzteren ein verneinendes.

Demgegenüber kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht Angesichts der unbestrittenen Anerkennung, der sich das Institut der Stellvertretung im geltenden Rechte erfreut, die erwähnte Quellenstudie ohne jeden praktischen Belang bleiben musste.

Diese Frage glaube ich verneinen zu dürfen. Denn während die herrschende Meinung, welche als Quelle des Stellvertretungsinstituts das Gewohnheitsrecht ansieht, naturgemäss jeden festen

Haltes in allen Einzelfragen auf dem Gebiete der Stellvertretungslehre entbehren muss und sich lediglich mit der „Natur der Sache“ oder mit bedenklichen „Analogien“ des römischen Rechts behelfen kann, gewährt das hier gewonnene Resultat die Möglichkeit, für alle Einzelfragen aus den feststehenden Sätzen des römischen Rechts direkt zu argumentiren. Dazu kommt der nicht unerhebliche Umstand, dass in dem Maasse, in welchem die Stellvertretung als römischrechtliches Institut anerkannt werden muss, die Stellung des modernen Rechts gegenüber den adjektivischen Klagen oder richtiger gegenüber der actio exercitoria und institoria geklärt wird. Desshalb wurde auch der Darstellung des Verhältnisses zwischen der Stellvertretung und diesen Klagen ein grösserer Raum gestattet.

Wäre, was in dem Folgenden versucht wird, als gelungen zu betrachten, so würde die Arbeit keine vergebliche gewesen sein. Möge der Leser, dessen Urtheil ich dieselbe nunmehr übergebe, wie auch seine Ansicht über die Erreichung des gesteckten Zieles ausfalle, mir seine Nachsicht nicht versagen, auf die ich einen gewissen Anspruch um desswillen zu haben glaube, weil, was ich biete nicht die Frucht eines ungestörten Studiums ist, sondern das Ergebniss einer dem praktischen Berufe und der theoretischen Lehrthätigkeit abgewonnenen spärlichen Musse.

München, im Juli 1881.

Dr. Friedrich Hellmann,

Rechtsanwalt und Privatdozent.

# Inhaltsübersicht.

	Seite
<b>Erster Theil: Uebersicht und Kritik der Stellvertretungstheorien</b>	<b>1—38</b>
<p>Analyse der <i>Buchka'schen</i> Resultate. Rechtfertigung erneuter Untersuchung S. 2. Gruppierung der Stellvertretungstheorien S. 3. <i>Windscheid, Laband, Schliemann, Brinz, Jhring, Seuffert, Curtius, Zimmermann</i> S. 4. Distinktion von Stellvertreter und Bote S. 5—21. Der Stellvertreter ist Gehilfe in der Willenserklärung des Vertretenen S. 21. Belegstellen aus Theorie und Praxis. <i>Savigny, Ruhstrat, Dernburg</i> S. 21—27 <i>Kuntze's</i> Stamm- und Zweigobligation S. 27—29. <i>Thöl's</i> Doppelvertrag S. 29—33. Die Ansicht <i>Karlowa's</i> S. 33—35. Die Ansicht <i>Canstein's</i> S. 35—38.</p>	
<b>Zweiter Theil: Dogmatische Darstellung . . . . .</b>	<b>39—163</b>
<p>I. Sprachgebrauch der Quellen.  Den Quellen ist die Sprachweise geläufig, dass sie als das Subjekt einer Handlung denjenigen bezeichnen, der die Handlung durch einen Anderen vornehmen lässt. S. 39—43.</p> <p>II. Nachweis der Stellvertretung im römischen Rechte S. 43—63.  Mangel eines allgemeinen Ausspruchs über die Zulässigkeit der Stellvertretung S. 43. Anwendungsfälle der Stellvertretung</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. in einseitigen Rechtsgeschäften und zwar: <ul style="list-style-type: none"> <li>bei praepositio institoris S. 43, 44; Denuntiation nach dem SC. Plancianum S. 44, 45; conditionis impletio, operis novi nuntiatio, prohibitio S. 45; manumissio S. 45—47; denuntiatio ne nuberet an die ehebrecherische Frau S. 47; Interpellation des Schuldners S. 47, 48; agnitio bonorum possessionis S. 48, 49.</li> </ul> </li> <li>2. in zweiseitigen Rechtsgeschäften und zwar: <ul style="list-style-type: none"> <li>beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages S. 49—52; des Kaufvertrages S. 52, 53, 59—61; des Pfandvertrages S. 53, 54; des Verlöbnißvertrages S. 54, 55; des Prekarium S. 55; des Darlehensvertrages S. 56, 61—63; des Konstitutum S. 56—58; des Depositum S. 58, 59.</li> </ul> </li> </ol> <p>III. Das angebliche Prinzip des römischen Rechts S. 63—80.  Der angeblich ethische Charakter des Prinzips S. 63—65. Die von der herrschenden Meinung angenommenen Ausnahmen von dem Prinzip S. 65, 66. Prüfung des zum Nachweise des Prinzips verwendeten Quellenmaterials S. 66—77. Die Theorie <i>Savigny's</i> S. 78—80.</p> <p>IV. Verhältniss der adjektivischen Klagen zur Stellvertretung.  Quellenbeweis für den Satz, dass die actiones exercitoria und institoria keine Bezugnahme des magister oder institor auf die</p>	

- Person des Dominus voraussetzen S. 80—96.
- V. Die gesetzliche Stellvertretung des römischen Rechtes ist von der freiwilligen Stellvertretung begrifflich verschieden, weil hier der Vertretene seinen Willen erklärt, dort einen Willen gar nicht haben kann S. 96—99.
- VI. Die sogenannte Stellvertretung im Besitzerwerb ist keine Stellvertretung. Erwerb des Besitzes durch einen Generalmandatar ist zulässig S. 99—103.
- VII. Definition und Anwendungsgebiet der Stellvertretung S. 103—109. Ausnahmen von der Regel, dass Stellvertretung in Rechtsgeschäften zulässig ist S. 104 f. Die Pupillarsubstitution fällt nicht unter die Regel, wohl aber der Erbschaftsantritt durch Stellvertreter S. 104—109.
- VIII. Vollmacht und Genehmigung S. 109—115. Begriff der Vollmacht S. 109. Sie ist kein Vertrag, sondern einseitige Willenserklärung S. 109—112. Begriff der Genehmigung S. 113. Rückwirkung derselben S. 114, 115.
- IX. Rechtsverhältniss vor der Genehmigung S. 115—145. Das Rechtsverhältniss vor der Genehmigung darf nicht aus der Definition des Rechtsgeschäftes beurtheilt werden S. 115—117. Die Quellen enthalten keinen allgemeinen Ausspruch über die Existenz eines Ratihabitionsrechtes S. 117—119. Rücktritt von dem durch den unvollmächtigten Vertreter angebahnten Rechtsgeschäft ist bei einseitigen Rechtsgeschäften nicht möglich und überhaupt nur insoweit möglich, als derselbe nicht identisch ist mit Beseitigung eines Faktum S. 119—124. Ausführung dieses Satzes im Einzelnen S. 124—128. Einfluss des Todes und des Verlustes der Handlungsfähigkeit vor der Genehmigung S. 128—134; des Verlustes der Dispositionsbefugnis S. 134—140; der Verjährung S. 140—142. Rechtliche Bedeutung der Nichtgenehmigung, Haftung des Vertreters S. 142—145.
- X. Persönliche Fähigkeit des Stellvertreters, Handlungsfähigkeit, Willensfähigkeit S. 145—148.
- XI. Ueberschreitung der Vollmacht. Dolus und culpa des Stellvertreters. Bedeutung seines Irrthums und des gegen ihn geübten Betrugs und Zwangs S. 149—163. Unter gewissen Voraussetzungen wird der Vollmachtgeber trotz Ueberschreitung der Vollmacht verpflichtet S. 149—152. Dolus und culpa des Vertreters beim Kontraktsabschlusse schaden dem Vertretenen S. 152—154. Der Irrthum des Vertreters ist entscheidend, soweit nicht der Vertretene das Ermessen des Vertreters beim Vertragsschlusse eingeschränkt hat. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Betruges oder Zwanges, der gegen den Stellvertreter geübt wurde S. 155—163.
-

## Erster Theil.

### Uebersicht und Kritik der Stellvertretungs-Theorien.

---

Von einigen wenigen Schriftstellern (*Puchta, Kuntze, Vangerow*) abgesehen wird in der Doktrin allgemein anerkannt, dass es im heutigen Rechte ein praktisch geltendes Institut der Stellvertretung in Rechtsgeschäften in dem Sinne gebe, dass nur für und gegen den Vertretenen Rechtswirkungen entstehen. Gleiche Einigkeit lässt sich in der Meinung wahrnehmen, dass das römische Recht ein Institut dieser Art nicht gekannt, dass vielmehr ein mittelalterliches und modernes Gewohnheitsrecht dasselbe erst zur Entwicklung und Geltung gebracht habe.

Einer der neuesten Schriftsteller über die Lehre von der Stellvertretung, der in diesem Punkte als Repräsentant der gemeinen Meinung gelten kann (*Zimmermann*, die stellvertretende negotiorum gestio), eröffnet seine Darstellung mit dem Satze, dass sich seit *Buchka's* epochemachender Schrift (die Lehre von der Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge) die Forschung mit unverkennbarer Vorliebe auf ein Gebiet geworfen habe, welches Jahrhunderte lang entweder vernachlässigt oder, wenn zum Gegenstande der Untersuchung gemacht, nicht mit unbefangenen Auge, sondern nur durch die Brille romanistischen Vorurtheils angeschaut wurde. Er schliesst daran die volle Zustimmung zu den *Buchka'schen* Resultaten, soweit sie in dem Satze gipfeln, dass wir in der Stellvertretung eine moderne, gewohnheitsrechtliche Bildung vor uns haben.

Gegenüber einer so allgemein bis in die neueste Zeit consequent festgehaltenen Anschauung der Doktrin von der Ent-

stehung des Stellvertretungsinstituts erscheint es gewagt, an ihren Grundlagen rütteln zu wollen. Dennoch ist eine erneute Prüfung derselben geboten Angesichts des Umstandes, dass man bisher die Resultate der *Buchka'schen* Untersuchungen, wie sie von ihm formulirt wurden, hingenommen hat, ohne ihre Zweifelhafteit nur für möglich zu halten.

Geht man nun aber den *Buchka'schen* Resultaten auf den Grund, so zeigt sich sofort, dass sie in nichts Anderem bestehen, als in der Feststellung der Thatsachen:

1. dass sich im heutigen Rechte ein Rechtsverhältniss anerkannt findet, wonach ein Vertrag durch Vermittlung eines Dritten, der von seinen Wirkungen unberührt bleibt, abgeschlossen werden kann, indem er erkennbarer Weise im Namen (und in Vollmacht) eines Vertragstheiles thätig wird;
2. dass die Wissenschaft vergangener Jahrhunderte sich durch allmähliche Anerkennung dieses Rechtsverhältnisses von einem entgegenstehenden römisch-rechtlichen Prinzip zu befreien glaubte.

Keinen Nachweis erbringt *Buchka* bezüglich der Vermittlung von Rechtsgeschäften überhaupt, weil er sich mit dieser Frage gar nicht befasst, und keinen Nachweis erbringt er für sein eigentliches Thema, weil er meines Erachtens die römischen Rechtsquellen mehr obenhin berührt als gründlich erörtert oder auch nur vollständig benützt hat, so dass eine Berufung auf seine Autorität die Späteren keineswegs der Aufgabe überhebt, zuzusehen, in wie weit der von *Buchka* bezeugte Glaube der Doktrin ein begründeter war.

Bevor dem Detail der Untersuchung näher getreten werden kann, ist es zur Feststellung der wesentlichen Punkte, auf welche sich jene richten muss, und für die Aufklärung des hiebei zu betretenden Bodens förderlich, eine Uebersicht der Anschauungen zu gewinnen, welche die Doktrin seit *Buchka's* erwähnter Schrift in der Stellvertretungslehre gezeitigt hat.

Lässt man zunächst jene Meinungen ausser Ansatz, welche auch im heutigen Rechte die Zulässigkeit einer Stellvertretung beim Abschluss obligatorischer Verträge bekämpfen, so ergibt



sich bezüglich der Uebrigen ein Eintheilungs- resp. Unterscheidungsgrund nur durch die Definition des Stellvertretungsbegriffs, da über die Qualität der Stellvertretung als eines einheimischen, dem römischen Rechte fremden Institutes, wie erwähnt, Einigkeit besteht.

Man kann aber nach dem angegebenen Gesichtspunkte zwei grosse Gruppen von Theorien unterscheiden:

Die eine erachtet den Stellvertreter als das handelnde, bei Verträgen demnach als das kontrahirende Subjekt, den Vertretenen als eine beim Geschäfte nur bezüglich seiner Wirkungen betheiligte Persönlichkeit. (I.)

Die andere erblickt in dem Stellvertreter lediglich ein Organ der Willenserklärung des Prinzipals und sieht folgeweise den Vertretenen selbst als den Handelnden, bei Verträgen als den Kontrahenten an. (II.)

Die erste Gruppe umschliesst ohne Zweifel die herrschende Meinung. Innerhalb derselben zeigt sich ein Gegensatz in der Motivirung des Stellvertretungseffekts. Ein Theil der Schriftsteller erklärt denselben durch Aufstellung der Fiktion, dass der Vertretene der Handelnde sei, ein zweiter durch Anerkennung des modernen Grundsatzes: dass eine Rechtswirkung durch Handeln auf fremden Namen und in fremder Vollmacht für einen andern als den Handelnden direkt erzeugt werden könne. Diesen beiden Gruppen steht schroff gegenüber die Minorität jener, welche es auch im heutigen Rechte für eine begriffsmässige Unmöglichkeit erklären, dass Jemand durch einen Stellvertreter im Vertragsschluss direkt berechtigt oder verpflichtet werde. (III.)

Völlig vereinsamt steht *Savigny*, der in dem Stellvertreter nichts mehr als den römisch-rechtlichen nuntius erblickend die Zulässigkeit der Stellvertretung schon für das klassische römische Recht als These formulirt und nur für die formalen Geschäfte des römischen Rechts — im justinianischen Rechte die einzige stipulatio — die Unmöglichkeit der Stellvertretung zugibt. Zur ersten Classe der ersten Gruppe zählt vor Allem *Buchka* selbst.

Einen präzisiren, von der Vermengung der Stellvertretung mit anderen ihr äusserlich ähnlichen Erscheinungen sich frei-

haltenden Ausdruck hat *Buchka's* Gedanke bei *Windscheid* gefunden. Nach ihm besteht das Wesen der Stellvertretung darin, dass „Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, dass er im Namen eines Anderen handle... vorausgesetzt, dass er die Grenzen seiner Vertretungsbefugnis nicht überschritten hat...“ (Pand. I § 73. Text z. N. 15—16.) „Der Kontrakt des Stellvertreters wird als der Kontrakt des Vertretenen gedacht, vorgestellt (wie man sich gewöhnlich ausdrückt, fingirt), der Kontrakt des Einen dem Andern als sein Kontrakt angerechnet.“ (Pand. a. a. O. Anm. 16.) „Die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingirt.“ (Pand. [1.—4. Auflage] II § 313 Anm. 4.)

Auch *Laband* darf hierher gezählt werden, wenn er sagt: „Der Kontraktswille erzeugt sich in der Person des Vertreters, allein dieser Wille gilt rechtlich als der Wille des Vertretenen.“ (Goldschmidt's Ztschrft. f. Handelsrecht Bd. X S. 186) und *Schliemann* (in Goldschmidt's Ztschrft. f. Handelsrecht Bd. XVI S. 4): „Von Vertretung redet man, wenn Jemand eine Handlung vornimmt, die als die Handlung eines der Kontrahenten angesehen wird.“ (Vgl. noch *Sintenis*, Civilrecht dritte Aufl. Bd. I S. 147. *Unger*, System des österr. Privatrechts II § 90 S. 137 Note 29. *Wächter*, Würtemb. Pr. R. II S. 676.)

Auf der andern Seite sehen von einer Fiktion ab *Brinz* (kr. Bl. No. 2 S. 4: „Stellvertretung ist Vollführung fremder Geschäfte, nicht der Wirkung, sondern auch dem Willen nach.“ Pand. 1. Aufl. S. 1594, 1619), *Thering* (Jahrbücher für Dogmatik II 312), *Seuffert* (die Lehre von der Ratih. der R. G. S. 59), *Curtius* („die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen“ im Archiv für civ. Pr. Bd. 58 n. F. Bd. 8. S. 70, 87), *Zimmermann* (in der oben genannten Schrift: S. 37, 41), *Windscheid* (Pand. 5. Auflage §§ 73, 313).

Fest steht aber für beide Classen der ersten Gruppe, dass das Kriterium der Stellvertretung in der selbstständigen Willensproduktion des Stellvertreters gelegen sei. — Während das gewissermassen als selbstverständliches Unterscheidungsmerkmal des Stellvertreters vom Boten bei einem Theil der Schriftsteller

nur erwähnt wird, richtet sich bei einem andern, wozu gerade die neuesten Schriftsteller in der Stellvertretungslehre zu zählen sind, das Bestreben darauf, eingehend die Differenz zwischen Stellvertreter und Boten zu begründen und nachzuweisen.

So finden wir einerseits z. B. bei *Brinz* (Pand. I. Aufl. S. 1597) nicht mehr als die Bemerkung: „Was der Bote thut, ist gemeine Dienstleistung, daher von der Stellvertretung verschieden“, bei *Windscheid* nur die Konstatirung, dass die Willenserklärung durch Andere vermittelt und Willensproduktion Anderer mit Wirkung für einen nicht Willenden verschiedene Dinge seien (Pand. I § 73), bei *Curtius* (a. a. O. S. 70), dass der Bote nicht selbst kontrahire, sondern nur dem Kontrahenten diene, dass der Begriff des Boten nicht über die bloße Erklärung eines fremden Willens auszudehnen sei (S. 73 f., vgl. auch *Unger*, System des österr. Privatrechts II § 90 S. 134. *Wächter*, Würtemb. Privatrecht II S. 683 u. Pandecten I S. 414), während andererseits z. B. *Laband*, *Schliemann*, *Zimmermann* dem empfundenen Bedürfniss nach Klarstellung des Unterschiedes weitläufigen Ausdruck geben.

Es ist sehr belehrend bezüglich der Klarheit, welche in der Theorie über den doch angeblich gewohnheitsrechtlich geschaffenen und täglich angewendeten Stellvertretungsbegriff herrscht, den Ausführungen der genannten Schriftsteller in das Einzelne zu folgen.

*Laband* bekennt sogleich am Beginne seiner Distinktion, dass „die Unterscheidung zwischen Boten und Stellvertreter allerdings in vielen Fällen thatsächlich unmöglich und praktisch irrelevant sein wird“, lässt sich jedoch dadurch nicht abhalten, den Begriffen auf den Grund zu gehen. Er sieht das Unterscheidungsmerkmal „nicht in der grösseren oder geringeren Bestimmtheit des Auftrages an den Boten oder Stellvertreter, wohl aber darin, dass der Bote den Willen des Auftraggebers überbringt oder ausspricht und zwar als Willen des Auftraggebers, der Stellvertreter dagegen seinen eigenen Willen erklärt.“ Der Stellvertreter ist für *Laband* Willensproduzent, seine Thätigkeit ist eine konstitutive, sein Wille nicht materiell sondern nur ideell identisch mit dem Willen des Vertretenen, d. h. er hat nur die gleichen Wirkungen mit dem Willen des Vertretenen.

*Schliemann* geht von den beiden Elementen des Vertrages, der Offerte und der Acceptation aus und scheidet zwischen Boten und Stellvertreter, welche er beide unter dem Begriffe der freien Vertreter zusammenfasst, in der Art, dass er den Boten lediglich in der Erklärung des Kontraktswillens an die Stelle des dominus treten lässt, den Stellvertreter dagegen in Bezug auf den Abschluss des ganzen Kontraktes.

Er meint mit dieser Formel, dass der Bote nur entweder in der Offerte, oder im Accept den dominus bezüglich der Erklärung vertrete, der Stellvertreter dagegen sowohl das Offert stelle als das Accept entgegennehme oder umgekehrt das Offert empfangen und das Accept erkläre. *Schliemann* weist hiebei entschieden auf die Nothwendigkeit hin, den Boten vom Briefträger getrennt zu halten. Nur der Letztere überbringt eine Willenserklärung, der Erstere einen Willen. Wer sich eines Boten bediene, gebe ihm den Auftrag, statt seiner die zum Abschlusse erforderliche Erklärung an den Dritten zu beschaffen.

Durch den Boten erfolge erst die zum Vertragsabschluss nothwendige Erklärung, während der Briefträger die bereits vom Mandanten beschaffte Erklärung überbringe. Dies sei selbst dann der Fall, wenn der Bote wörtlich ausrichte. Denn wer sagt: A sendet mich, um seinen Konsens zu erklären, denke nothwendig hinzu: „und demgemäss erkläre ich statt seiner seinen Konsens“. An einer Reihe von praktischen Beispielen weist *Schliemann* die Bedeutung des Unterschiedes zwischen Briefträger und Boten nach, der insbesondere in dem Erfordernisse der Uebereinstimmung des Botenwillens mit dem Prinzipalwillen und mit der Erklärung hervortritt, sich aber auch in anderer Richtung zeigt, z. B. bei der Perfektion des Vertrages, dem Verlust der Willensfähigkeit des Absenders u. a. m. (a. a. O. S. 5—12). Einer speziellen Instruktion bedürfe der Bote nicht, sie könne ganz generell ertheilt sein (S. 14), daher könne auch der Bote Einfluss auf den Inhalt des Vertrages erlangen, ja sogar oft auf die Entscheidung, ob ein Vertrag ins Leben treten solle oder nicht (S. 14—16). Der Begriff des Boten werde also dadurch nicht ausgeschlossen, dass er den Auftrag hat, den Kontraktswillen zu fassen, oder dem Kontraktswillen des Ab-

senders die nöthige Präzision zu geben. Es müsse unterschieden werden zwischen der Stellung des Mandatars zum Mandanten und zum Dritten.

Dem Mandanten gegenüber habe er möglicherweise den Auftrag, den Kontraktswillen für denselben in der erforderlichen Präzision zu fassen. Aber dem Dritten gegenüber tritt er als Erklärer eines ganz bestimmten Kontraktswillens auf und den Dritten interessire allein, ob er dazu bevollmächtigt war, nicht ob die Vollmacht vielleicht auch weiter reichte als die Erklärung (S. 17—19). Der Stellvertreter hingegen trete selbst als der Wollende auf, wesshalb sich auch der Inhalt des Vertrages nach seinem, nicht nach dem Willen des Vertretenen bestimme (S. 18—22). Ob das Boten- oder das Stellvertreter-Verhältniss im einzelnen Falle vorliege, hierüber entscheide der Inhalt der Vollmacht, soweit er dem Dritten gegenüber zur Erklärung kommt (S. 18). Eine Stellvertretung sei dem römischen Rechte fremd; es sei zwar auch nach römischem Rechte die Kombination möglich gewesen, dass der Bote zugleich die Entgegennahme der Gegenerklärung bethätigt und so in der That im ganzen Kontraktabschluss den Absender ersetzt habe, allein eine Stellvertretung modernen Sinnes könne dies nicht genannt werden, da diese die Entgegennahme der Gegenerklärung durch den Stellvertreter als nothwendig voraussetze, jene Kombination sie durch den Boten nur zulasse, daneben aber auch Entgegennahme durch den Prinzipal, resp. Absender gestatte (S. 27—28).

Die Fälle in ihrer verschiedenen Natur zu erkennen, ist freilich nach *Schliemann's* eigener Anschauung häufig von der grössten Schwierigkeit, bisweilen nahezu undurchführbar.

Neuerdings hat *Zimmermann* (in seinem oben genannten Werke) nicht ohne sich der Zustimmung der Kritik von mehreren Seiten unbedingt zu erfreuen (*Eck*, Jen. Lit. Ztg. 4. Jahrgang S. 68, *Steinlechner* in Grünhut's Ztschr. Bd. IV S. 353 ff.), dem Boten den Charakter eines Vertreters gänzlich abgesprochen, also auch den eines Vertreters in der Willenserklärung. Der Bote ist ihm nur Gehilfe bei der Willenserklärung des Absenders. Erklärender ist ihm dieser. Denn es gehe nicht an, den Willensentschluss und die Willenserklärung auf zwei Personen vertheilt

zu denken, jede Willenserklärung sei stets mit logischer Nothwendigkeit die Erklärung eines eigenen Willens des Erklärenden. Die Erklärung durch den Boten beginne mit der Absendung und endige mit der Ausrichtung, die wirksam auch von einem Wahnsinnigen geschehen könne. — Gleichzeitig schränkt aber *Zimmermann* mit *Schliemann* den Begriff des Boten nicht auf die Ausrichtung eines spezialisirten und präzise gefassten Willens ein. Er erkennt auch in dem noch einen Boten, der selbstständig, kraft seiner Vollmacht entscheidet, ob es zu einem Rechtsgeschäfte kommen soll oder nicht, beziehungsweise zu welchem. Der dem Boten eingeräumte Spielraum des eigenen Ermessens könne derselbe sein wie beim Stellvertreter (S. 22). Aber das Kriterium des Unterschiedes zwischen beiden liege in der Art ihres Auftretens gegenüber Dritten. Das Auftreten des Boten sei das des Ueberbringers fremder Willenserklärung, während der Stellvertreter sich als selbständig wollend nach Aussen hin darstelle (so auch *Unger*, System des österr. Privatr. Bd. II S. 135 Note 20). In dem Auftreten als Stellvertreter erblicken das Kriterium der Stellvertretung auch *Bähr* (Jahrb. f. Dogmatik VI 292) und *Mommsen* (Ueber Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen S. 113 Note 1), obwohl diese Schriftsteller den Begriff des „Boten“ anders und zwar so enge wie *Brinz* fassen. (a. a. O. vgl. *Mommsen* a. a. O. S. 125, *Bähr* a. a. O. S. 303).

Es will nach den hier zusammengestellten Distinktionen scheinen, als habe man sich mit den Zugeständnissen an den Botenbegriff in die Unmöglichkeit versetzt, die intendirte Schranke zwischen ihm und den Stellvertreterbegriff aufrecht zu erhalten. Ist es wahr, dass beim Boten auf die Spezialisirung der Instruktion nichts ankommt, dass der Bote generellen Instruktionen zufolge den Willen des Absenders nach eigenem Ermessen zu spezialisiren und zu präzisiren befugt ist, dass er auch die Gegenklärung des dritten Kontrahenten wirksam entgegennehmen kann, so schwindet jedes rechtlich bedeutende Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Stellvertreter.

Denn darin, dass der Bote dem Dritten gegenüber als Ueberbringer fremder Willenserklärung auftritt, der Stellvertreter

als selbstständiger Willensproduzent, liegt ein solches nicht. (Vgl. *Wächter*, Würtemb. Pr. R. II S. 679 B. unten.) Die erste Voraussetzung hiefür müsste in der Statuirung des Satzes bestehen, dass auch im heutigen Rechte die Wortfassung der Willenserklärung für deren Wirkungen entscheidend sei und zwar in weit grösserem Umfang als im römischen Recht, nämlich bei allen Rechtsgeschäften. Denn die Frage, ob Jemand als Ueberbringer fremder Willenserklärung einem Andern gegenüber auftritt oder als Selbstwollender müsste doch auf Grund äusserlich wahrnehmbarer Merkmale entschieden werden. Da aber das Auftreten sich beim Rechtsgeschäfte der Regel nach im Worte als der Verkörperung des Gedankens zeigt, so müssten die wahrnehmbaren Merkmale im Worte gefunden werden. Es müsste mit andern Worten eine Formel aufgestellt werden können, welche das Auftreten des Erklärenden als Ueberbringers fremder Erklärung, eine andere, welche das Auftreten desselben als Selbstwollenden umfasste. Man könnte vielleicht diese Nothwendigkeit mit der Behauptung bestreiten, dass es sich überall sofort nach den Sprachgesetzen zeigen müsse, ob eine Erklärung die eines eigenen Willens des Aeussernden sei, oder die eines fremden; wer nämlich sage: „ich will für X“, sage etwas anderes als der, welcher berichte: „X will“. Allein es wird sich doch nicht leugnen lassen, dass diese beiden Grundformen nicht die allein möglichen im Rechtsverkehre seien und nicht gefordert werden, dass man sich ihrer ausschliesslich bediene. Dann fragt man mit Recht, ob ein Unterschied des Auftretens z. B. in folgenden Wortfassungen behauptet werden kann:

- a) Ich bin von X gesendet, den fundus Cornelianus um 100 für ihn zu kaufen. Ich kaufe ihn Namens des X um 100.
- b) X sendet mich mit der Erklärung, er wolle den fundus Cornelianus um 100 kaufen; ich erkläre für X, dass er den f. C. um 100 kauft.

Wird man sagen können, dass im Beispiele A der Aeussernde nicht als Ueberbringer fremden Willens erscheint, weil er am Schlusse erklärt: ich kaufe &c.

Oder wo steckt die Wesensverschiedenheit zwischen folgenden Beispielen:

X will, dass ich dieses sein Buch bei Dir deponire;  
ich deponire es im Namen des X hiemit bei Dir  
und

Ich erkläre hiemit Namens des X, dass er dieses  
Buch bei Dir deponirt?

Die Zahl der Beispiele lässt sich ins Unendliche vermehren; die angeführten zeigen genugsam, dass die Grenzen zwischen dem Auftreten als Ueberbringer fremden Willens und als Selbstwollender in einander sich verschlingen, wenn man nicht zu festen Formeln für das Eine und Andere seine Zuflucht nehmen kann. Dass man dies nach heutigem Rechte noch weniger kann als nach römischem, ist nicht zweifelhaft. Man darf darum die Bemerkung *Laband's*, dass es oft schwierig sein werde, die Grenzen zu finden, unbedenklich dahin erweitern, dass es bei dieser Ausdehnung des Botenbegriffs gänzlich unmöglich und unzulässig ist, Grenzen zu ziehen.

Dies scheint denn auch vor Allem *Schliemann* gefühlt zu haben, wenn er zugibt, dass — da der Bote im römischen Rechte existirt — eine Kombination dort möglich war, welche unserer Stellvertretung gleicht wie ein Ei dem andern, und es muss als ein geradezu verzweifelter Versuch betrachtet werden, wenn *Schliemann* den Unterschied durch die Aufstellung retten will, die Stellvertretung verlange Entgegennahme der Erklärung des Mitkontrahenten durch den Stellvertreter, die römisch rechtliche Kombination mit dem Boten gestatte auch die Entgegennahme durch den Dominus negotii.

Diese Aufstellung hat keinerlei positiven Hintergrund. Weder ein Gesetz noch ein Gewohnheitsrechtssatz besteht, auf den sie sich zurückführen liesse und *Schliemann* selbst sieht vollständig davon ab, dieselbe zu begründen. (Siehe auch *v. Canstein* in Grünhut's Ztschr. Bd. III S. 679). Er muthet der Doktrin zu, sie gläubig hinzunehmen.

Wäre also der Botenbegriff, wie ihn die genannten Autoren aufstellen, der richtige, so folgte daraus nur das Gegentheil von dem, wovon sie ausgehen, nemlich die Nothwendigkeit, das, was wir Stellvertretung nennen, als ein dem römischen Rechte bereits bekanntes Institut zu erachten.



Noch ein gewichtiges praktisches Bedenken erhebt sich übrigens gegen den Versuch, den Boten vom Stellvertreter in der angegebenen Art zu unterscheiden. Es würde nämlich dann unter Umständen lediglich von dem Bevollmächtigten abhängen, ob ein Rechtsgeschäft durch ihn als Vertreter oder als Boten abgeschlossen erscheint. Denn es kann in dieser Beziehung nicht ausreichend sein, was *Schliemann* behauptet, dass hierüber der Inhalt der Vollmacht entscheide, soweit er dem Dritten gegenüber zur Erklärung kommt (a. a. O. S. 18), da eine Generalvollmacht dem Bevollmächtigten über die Art des Auftretens nichts vorzuschreiben braucht.

So oft nun die Bevollmächtigung eine generelle und über die Art des Auftretens eine besondere Instruktion nicht erteilt ist, muss es in der Willkür des Bevollmächtigten stehen wie er auftreten will, ob überbringend oder selbstwollend.

Bestände in den Wirkungen dieses verschiedenen Auftretens ein Unterschied, so wäre es doch gewiss eine höchst bedenkliche Erscheinung, dass eine und dieselbe Ermächtigung die Herbeiführung verschiedener Rechtswirkungen für den Ermächtigenden ermöglichte. (Vgl. *Steinlechner* in Grünhut's Ztschr. Bd. IV S. 354, 355.)

Allein sind denn die Wirkungen in beiden Fällen verschieden? Diese Frage wurde einer eingehenden Würdigung überhaupt nicht unterzogen. *Schliemann* (a. a. O. S. 28, 24) hat sie mit der *Thesis* beantwortet: dass des Boten Wille beim speziellen Mandat gar nicht in Betracht komme, während gerade hier der Wille des Stellvertreters selbstständige Bedeutung habe. Das Letztere erläutert er an folgendem Beispiel:

Der Stellvertreter soll das Pferd Y kaufen; er meint aber, dass er X kaufen soll; er will daher X kaufen, erklärt jedoch irrthümlich Y zu kaufen; — hier ist nach *Schliemann* kein Rechtsgeschäft zu Stande gekommen. Wäre der Mandatar als Bote aufgetreten, dann würde, so müssen wir mit *Schliemann* weiter schliessen, ein Kauf zu Stande gekommen sein. Meines Erachtens ist aber schon die erste Entscheidung falsch und würde darum die zweite im Verhältniss zur richtigen Entscheidung nicht eine gegensätzliche sein. Jedenfalls aber wäre die erste Entscheidung

eine *petitio principii*, denn sie setzt voraus, dass der Satz feststeht, der Stellvertreter sei genau in dem Sinne Kontrahent, wie er es wäre, wenn er in eigenem Namen kontrahirt hätte. Unzutreffend aber wäre die erste Entscheidung auch dann, wenn man das Princip zugäbe. Denn, setzen wir den Fall, der Stellvertreter hätte sich nicht geirrt, sondern gesagt, was er sagen wollte, nämlich dass er das Pferd X kaufe, was wäre die Folge? Gleichfalls die Ungiltigkeit des Geschäftes, denn er hatte nur Vollmacht zum Kaufe des Pferdes Y und würde durch seine Erklärung die Vollmacht überschreiten. Beweis genug, dass es hier auf seinen Willen gar nicht ankommt.

Die oben aufgeworfene Frage muss also verneint werden.

Wenn aber eine juristisch bedeutende Verschiedenheit nicht vorliegt, mit welchem Rechte unterscheidet man? Andere bleiben denn auch, wohl nicht ohne Hinblick auf die nothwendigen Konsequenzen des weiteren Botenbegriffs, bei der Definition stehen, dass „der Bote ein Mensch ist, der nur eine fremde Willensäußerung mittheilt“ (*Thöl* H. R. 5. Aufl. S. 232), „dass die Mittelsperson aufhört Bote zu sein, sobald ihr Wille erforderlich ist.“ (*Thöl* a. a. O., vgl. auch *Brinz* Pand. 1. Aufl. S. 1597. *Vangerow* 7. Aufl. S. 289 u. 294 Z. 4 u. 3 v. u. *Kuntze* Obligation und Singularsuccession S. 282. *Curtius* a. a. O. S. 70 f. *Wächter* Pand. I S. 414.) Gibt man nun zu, dass so der Begriff des Boten richtig begrenzt ist, dann ist zunächst bei dem Satze Halt zu machen, „dass der Stellvertreter im Rechtsgeschäft der Handelnde, der Selbstwollende sei und dass nur die Wirkungen seiner Willenserklärung nicht in seiner, sondern in des Vertretenen Person ihren Anfang nehmen.“

Mag man unter Rechtsgeschäft schlechthin die Willenserklärung verstehen, welche Rechtswirkung hat (*Köppen* über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 18, *Lotmar*, Ueber causa, Erstes Kapitel), oder die Willenserklärung, welche in der Absicht auf Erzeugung von Rechtswirkungen geäußert vom Rechte mit solchen Wirkungen bekleidet ist (*Brinz*, Pand. § 312, 1. Aufl.), oder „eine in eigener oder gleichartiger Angelegenheit vorgenommene Handlung, die ihrem Wesen nach auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet ist“

(*Zimmermann* a. a. O. S. 139), immer bleibt den Definitionen gemeinsam und unumstösslich, dass Rechtsgeschäft eine Handlung und Handlung eine Willenserklärung ist.

*Zimmermann* hat seine Definition des Rechtsgeschäftes nicht ohne *petitio principii* auf seine Vorstellung von der Stellvertretung eigens zugeschnitten und gewiss auch geglaubt, sie werde mit seiner Stellvertretungstheorie kongruiren. Allein damit geht er, soweit ich sehe, fehl. Denn sie passt genau auch auf seinen Boten im weiteren Sinne. Dass eine Mittelsperson ein Bote sei, dazu ist nach seiner Ausführung nicht mehr erforderlich, als Auftreten derselben in Ueberbringereigenschaft. Es bedarf keines Beweises, dass dieses Auftreten an der Thatsache des Wollens dieser Mittelsperson nichts ändern kann.

Stellen wir uns einen Generalbevollmächtigten vor, der als Bote auftritt, so wäre er es, der **will**, er also auch, der seinen Willen erklärt, seine Willenserklärung das Rechtsgeschäft, er derjenige, der das Geschäft abschliesst. Und doch soll nach *Zimmermann* nur der Stellvertreter der Handelnde sein, bei Intervention eines Boten dagegen der Absender selbst handeln.

Man sieht leicht, dass dieser Unterschied in Wahrheit nicht besteht. Daher wird die *Zimmermann'sche* Definition des Rechtsgeschäftes ganz ausser Betracht bleiben können.

Es bleibt nun zu untersuchen, welche Bedeutung der Begriff der juristischen Handlung oder der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung hat. Man nehme einen Augenblick an, dass bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch einen Stellvertreter nicht der Principal, sondern der Stellvertreter der Handelnde sei.

Diese Annahme lässt sich auch so ausdrücken, dass der Stellvertreter seinen Willen erkläre und dass die Erklärung seines Willens für das Ob und Wie der Rechtswirkungen, die sich an seine Erklärung knüpfen, allein entscheidend sei.

Wäre dies richtig, so könnte es auf die Vollmacht nicht mehr ankommen. Denn die Vollmacht ist eine Willenserklärung des Prinzipals und es wäre eine *contradictio in adjecto*, wollte man sagen, dass die Willenserklärung des Stellvertreters das allein Entscheidende sei, und gleichzeitig einräumen, dass auch

die Willenserklärung des Prinzipals — Vollmacht genannt — das Entscheidende sei. In der Fassung lässt sich demnach schon nach den Gesetzen des Denkens der Satz, dass nur der Stellvertreter juristisch handle, nicht der Prinzipal, nicht aufrechterhalten. Will man sich deshalb zu der Formulierung verstehen, dass der Stellvertreter den für das konkrete Geschäft erforderlichen speziellen Willen allein fasse und erkläre und dass die Rechtswirkung für den Prinzipal eintrete, weil dieser den allgemeinen Willen erklärt habe, die Wirkungen auf sich zu nehmen — so ergibt sich aus dieser Formulierung selbst, dass ohne die Erklärung dieses allgemeinen prinzipalischen Willens der spezielle Wille des Vertreters keine Rechtswirkung hat und es kann hieran gar nichts geändert werden dadurch, dass man die Vollmacht eine besondere juristische Qualität des Stellvertreters nennt. (*Zimmermann* a. a. O. S. 87.) Daraus folgt weiter von selbst, dass die spezielle Willenserklärung des Stellvertreters als solche für den Rechtserfolg nicht entscheidend ist, dass sie an sich den Rechtserfolg gar nicht herbeiführen kann. Die Probe auf diesen Satz lässt sich durch Betrachtung des unbevollmächtigten Handelns auf fremden Namen machen. Folgt hier keine Genehmigung, so hat die Erklärung des Stellvertreters die beabsichtigte Rechtsfolge für den Vertretenen nicht; regelmässig hat sie überhaupt keine Rechtsfolge, wenn man als den regelmässigen Fall den annimmt, wo der Dritte den Mangel der Vollmacht kennt und in Erwartung der Genehmigung handelt, und wenn man an die Fälle des einseitigen Rechtsgeschäftes denkt. Eine Handlung, die keine Rechtswirkungen hat, ist aber keine juristische Handlung. Dazu kommt, dass die obige Formulierung nur die Fälle der Generalvollmacht begreifen könnte. Wo es sich um Spezialvollmachten handelt, da kann der Wille des Prinzipals dem Bevollmächtigten gegenüber so genau präzisirt sein, dass eine Ergänzung ganz undenkbar ist.

Wenn nun ein so Bevollmächtigter seine vollmachtgemässe Thätigkeit entfaltet, so muss man sagen, dass seine Willenserklärung Rechtswirkung hat, weil die konkrete Willenserklärung des Prinzipals ihn zur Abgabe solcher Erklärung ermächtigt. Ohne diese konkrete Willenserklärung des Prinzipals

wäre die Willenserklärung des Stellvertreters wirkungslos. An sich ist sie also auch hier unfähig, eine Rechtswirkung zu erzeugen. Die Willenserklärung des Prinzipals ist untrennbar davon, soll eine Rechtswirkung eintreten. Ueberall erscheint demnach als die über das Ob der Rechtswirkung entscheidende Willenserklärung die des Prinzipals, wie sie in der Vollmacht niedergelegt ist und wie sie durch die Bezugnahme des Stellvertreters auf die Vollmacht jedem Dritten gegenüber mitgeteilt wird. Ist nun aber die entscheidende Willenserklärung die des Prinzipals, hängt von ihr die Rechtswirkung ab, so ist sie gewiss eine juristische Handlung. Die Handlung des Stellvertreters ist nichts als das Mittel, wodurch die juristische Handlung des Prinzipals Dritten gegenüber hergestellt wird.

An Beispielen wird sich die Wahrheit dieser Folgerung erhärten lassen. Wer als Stellvertreter des A den Grauschimmel Herkules zufolge einer Spezialvollmacht um 100 kauft (ich wähle *Thöl's* Beispiel a. a. O. S. 228), der erklärt:

A hat mir gegenüber den Willen geäußert, den Grauschimmel Herkules um 100 haben zu wollen und mich beauftragt, resp. ermächtigt, dies mitzuteilen. — Auf Grund dieser Sachlage sage ich hiemit:

„Ich kaufe Namens des A den Grauschimmel Herkules um 100.“

Es ist hier allen Beteiligten durch die Bezugnahme auf die Vollmacht sofort klar, dass der Wille des A allein für die Rechtswirkung dessen, was von dem Vertreter gesagt wird, entscheidet. Unmöglich ist ein Zweifel dann, wenn der Vertreter schriftliche Spezialvollmacht zur Legitimation vorlegt.

Wer als Stellvertreter des A eine diesem deferierte Erbschaft antritt, erklärt zwar, oder kann doch erklären:

„Ich trete Namens des A die Erbschaft an.“ Der Sinn dieser Erklärung kann aber kein anderer sein, als der: A will die ihm deferierte Erbschaft antreten. Weil er das will, hat er mich bevollmächtigt. Auf Grund dieser Vollmacht sage ich: „Ich trete &c.“ Oder man nehme an: Die Antretung geschieht durch *pro herede gestio* Namens des A. *Pro herede gestio* ist eine Handlungsweise, wie sie dem zukommt, der Erbe sein will.

Der Stellvertreter will nicht Erbe sein, er kann es nicht sein wollen, weil ihm nicht deferirt ist; gerirt er pro herede Namens des A, so nimmt er Handlungen vor, aus denen hervorgeht, dass A, nicht der Vertreter, Erbe werden will.

Allenthalben liegt der Schwerpunkt der Entscheidung darin, dass der Vertretene etwas zu wollen erklärt und zum Mittel der Veröffentlichung seiner Willenserklärung den Stellvertreter benützt. Was der Stellvertreter thut, ist für ihn selbst etwas völlig Unjuristisches.

Er will nämlich **sagen** oder sonst erkennen lassen, dass er Namens des Vertretenen thätig sei und weil er das will und indem er das will, sagt er so oder lässt er sonst so erkennen. Der Wille zu haben, zu geben, zu nehmen, der Wille zu fordern oder verpflichtet zu sein ist nicht sein, sondern des Vertretenen. Ein gewichtiges Argument hiefür liegt in der Möglichkeit des Vertragsabschlusses durch Stellvertreter. Der Vertrag ist ein *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, eine Vereinigung mehrerer Willenserklärungen auf einen Punkt. Wird ein Kontrakt durch einen Stellvertreter geschlossen und wäre der Stellvertreter Kontrahent, so würde die Perfektion des Kontraktes erfordern, dass sich des andern Kontrahenten Wille mit dem des Stellvertreters vereinigt. Hat nun der Vertreter die Offerte gestellt und der dritte Kontrahent etwa erklärt: „Wenn das Offert wirklich dem Willen des Vertretenen entspricht, so will ich den Vertrag mit ihm geschlossen haben“, dann unterliegt doch keinem Zweifel, dass die Willenserklärung des dritten Kontrahenten sich mit der des Vertretenen vereinigen will, nicht mit der des Vertreters; wäre aber der Vertreter Kontrahent, also Wollender, so käme eine Vereinigung nicht zu Stande, der Kontraktsschluss mit dem Stellvertreter wäre wegen mangelnden Konsenses unmöglich.

Auch hiefür einige Beispiele:

Namens des A kauft B als Stellvertreter den Grauschimmel Herkules von C. B stellt die Offerte. C erklärt, er verkaufe an A das Pferd zum offerirten Preis. Verkaufen will man nur dem, der kaufen will; wäre B der Kontrahent, so würde C durch seine Erklärung mit der des B nicht übereinstimmen. Ein Kauf

käme nicht zu Stande, weil die Kongruenz der Willenserklärungen fehlte.

Noch deutlicher zeigt sich dies, wenn z. B. A zur Eingehung einer societates einen Stellvertreter verwendet.

Dieser erklärt: „Ich kontrahire Namens des A eine societates und zwar unter folgenden Bedingungen: Die societates soll eine Handelsgesellschaft sein, der dritte Kontrahent soll das Kapital einwerfen, A soll die Arbeit leisten, der Gewinnantheil des A soll  $\frac{1}{3}$  sein u. dgl. m.“ Der dritte Kontrahent stimmt zu. Der Wille, die Gesellschaft einzugehen, ist auf Seite des A; der Stellvertreter denkt nicht daran, seinerseits in ein Gesellschaftsverhältniss zu treten. Umgekehrt will der dritte Kontrahent keineswegs mit dem Vertreter, sondern nur mit dem A eine Gesellschaft begründen. Sein Konsens bezieht sich auf den Gesellschaftsbegründungswillen des A, nicht des Vertreters. Der Vertreter weiss, dass zwischen A und dem dritten Kontrahenten die Gesellschaft zu Stande kommen soll und leiht dazu seine Mitwirkung, dass diese Gesellschaft zu Stande kommt. Wollen ist ja das durch das Denken hindurch gegangene Begehren. Das Begehren muss ein Ziel haben. Dieses Ziel kann hier kein anderes sein, als die Vereinigung des A und des Dritten zur Gesellschaft. Dieses Begehren muss vor Allem vorhanden sein zwischen A und dem Dritten. Denn Niemand kann ohne seinen Willen in ein Vertragsverhältniss versetzt werden, sofern er willens- und handlungsfähig ist. Der Vertreter kann das Begehren des Einen Kontrahenten theilen und sich desshalb zur Mitwirkung entschliessen, allein das prinzipale Begehren, das entscheidende Begehren und dessen Aeusserung — die entscheidende Handlung muss auf Seite des Vertretenen gegeben sein.

Nicht minder drastisch tritt das wahre Verhältniss hervor, sobald man einen Fall konstruirt, wobei der Stellvertreter die Wirkungen des Geschäftes auf sich gar nicht lenken kann, wo er also auch den Geschäftswillen nicht selbst haben kann, z. B.: Ein verheiratheter Stellvertreter schliesst Namens seines Prinzipals für diesen Sponsalien mit der Braut. Kann man hier sagen: Der Stellvertreter ist der Selbsthandelnde, er verlobt sich mit der Wirkung, dass der Prinzipal verlobt ist, wie man doch im

Sinne der herrschenden Meinung sagt: der Stellvertreter kauft, ist Käufer, Verkäufer, Deponent, Kommodant, Miether, Vermiether?

Ist er in dem letzten Beispiel etwa Verlobter? Also auch sprachlich ist, wie sich hier zeigt, die Ausdrucksweise nicht durchzuführen, dass der Stellvertreter im Rechtsgeschäfte seinen Willen als den zum Thatbestande des konkreten Rechtsgeschäfts nothwendigen und genügenden erkläre.

An all den bisherigen Beispielen zeigt sich aber ferner, dass eine Trennung von Ursache und Wirkung, wie sie die herrschende Meinung bei der Stellvertretung annimmt, nicht stattfindet und dass eine solche nicht möglich ist. Denn die Ursache des Eintritts der Rechtswirkungen eines Geschäfts ist die auf dieses Geschäft gerichtete Willensäußerung desjenigen, der dieses Geschäft als sein Geschäft will. Wer ein Geschäft für einen Andern abschliesst, der erklärt zwar ebenfalls seinen Willen, allein diese Willenserklärung hat nur insoweit Rechtswirkung, als sie nach Inhalt und Zweck übereinstimmt mit der Willenserklärung des Andern, m. a. W. soweit sie gleich ist der Mittheilung der von dem Andern ausgegangenen Willenserklärung.

Jene, welche zwar den Stellvertreter als den selbstständig Wollenden, den Willensproduzenten erachten, allein mit Hilfe einer Fiktion die Handlung desselben als Handlung des Vertretenen qualifizieren, tragen der oben angedeuteten Nothwendigkeit Rechnung, übersehen aber, dass eine Fiktion durch ein Gewohnheitsrecht wohl kaum geschaffen werden kann und jedenfalls der Beweis vollständig ermangelt, dass das Gewohnheitsrecht, welches für die Stellvertretung angerufen wird, diese Fiktion vorschreibt.

Will man aber mit *Unger* (in *Jhering's Jahrb.* Bd. X S. 9 Anm. 12) diese Fiktion nur für eine von ihm sogenannte theoretische halten, m. a. W. sie nur beiziehen, um die feststehende Thatsache der unmittelbaren Wirkung der Stellvertretung für und gegen den Vertretenen anschaulicher zu machen, so unterscheidet sich diese Theorie nicht von der bekämpften, die den Stellvertreter als den allein juristisch Handelnden ansieht.



Wenn auch nicht gleich offensichtlich, so doch ebenso gewiss waltet bei der Stellvertretung durch einen Generalbevollmächtigten dasselbe reale Verhältniss ob, wie bei dem Spezialbevollmächtigten. Denn auch hier muss der Stellvertreter sich auf die Vollmacht beziehen. Der Inhalt der Vollmacht lautet aber hier: Alles, wovon mein Vertreter erklärt, dass ich es wolle, will ich, oder: ich will, so oft mein Vertreter von mir erklärt, dass ich wolle. Macht der Vertreter von der Vollmacht im einzelnen Falle Gebrauch, so beruft er sich darauf, dass der Vollmachtgeber sich im Voraus als seinen Willen angeeignet habe, was er, der Bevollmächtigte, als seinen Willen bezeichnet. Ganz allgemein wird dies anerkannt, wo es sich um Veräusserung durch einen Generalbevollmächtigten handelt. Eine Veräusserung durch den nicht Dispositionsberechtigten ist nur dann wirksam, wenn der Berechtigte selbst diese Veräusserung will. Obwohl nun die konkrete Veräusserung durch den Generalbevollmächtigten von dem Dominus unter Umständen nicht geahnt, geschweige denn speziell gewollt ist, ist sie doch gültig, weil sein allgemeiner Vollmachtswille nothwendig alle einzelnen Dispositionen des Bevollmächtigten umfasst. Es ist kein Grund ersichtlich, wesshalb dieselbe logische Operation nicht auch bei Beurtheilung der Stellvertretung durchgeführt werden könnte. Ist diese logische Möglichkeit gegeben, so steht die Vertretung laut Generalvollmacht mit der Vertretung laut Spezialvollmacht auf gleicher Stufe.

Immer ist die Ursache der rechtlichen Wirkung die Aeussierung des Willens des Vertretenen, nicht des Stellvertreters. Jener will kaufen, verkaufen, miethen und vermieten, leihen und entleihen, deponiren und zum Depositum annehmen, die Gesellschaft eingehen und auflösen, sich verloben etc. Die Thätigkeit des Stellvertreters ist eine Dienstleistung für den kontrahirenden Prinzipal. Diese Dienstleistung geht entweder so vor sich, dass der Stellvertreter im Namen des Prinzipals eine von diesem in ihren Einzelheiten schon bestimmte Erklärung abgibt, oder so, dass er den unbestimmt allgemeinen Willen des Prinzipals spezialisirt. In beiden Fällen kann der Unterschied von dem Boten im engern Sinne aufrecht erhalten bleiben; im letzten ist es von selbst klar, im ersten ergibt es sich aus der Erwägung, dass

der Bote lediglich Worte mittheilt und dass damit seine Thätigkeit beschlossen ist, während der Spezialbevollmächtigte volles Bewusstsein von dem rechtlichen Vorgange haben muss, den er vermittelte, also wissen muss, was mit dem Auftrage zur Vermittlung gewollt ist, dass seine Thätigkeit aber auch nicht im Ausrichten von Aufgetragenem aufgeht, dass er vielmehr auch zur rechtswirksamen Annahme von Gegenerklärungen, die sich auf das Geschäft beziehen, befugt ist u. dgl. m.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass der Effekt der Botenhandlung nicht im einzelnen Falle ganz identisch sein kann mit dem der Stellvertretung durch den Spezialbevollmächtigten, allein dem Sprachgebrauch wäre gewiss durch diese Unterscheidungsmerkmale Genüge geschehen. Eine andere, bisher noch gar nicht berührte Frage freilich ist die, ob der Botenbegriff in dem engeren Sinne, wie er von Vielen festgehalten wird, auf Authentizität Anspruch machen darf. Diese Frage wird zu verneinen sein. Es ist nicht einmal versucht worden, den Beweis für die Richtigkeit der Definition aus den Quellen zu führen, obwohl allenthalben darauf verwiesen wird, dass das römische Recht zwar den nuntius, nicht aber den Stellvertreter gekannt habe. Wenn man aber die Quellen durchgeht, so begegnet der nuntius in einer Reihe von Stellen lediglich als ein Vermittler von Rechtsgeschäften; nirgends wird er näher definirt, nirgends gar seine Thätigkeit auf das Melden beschränkt.

Es kommt das Wort freilich am häufigsten in Verbindung mit der epistula als Mittel der Willensäußerung vor, allein daraus folgt nicht nothwendig, dass das Wesen desselben mit dem der epistula identisch sei. Der Beisatz *inter absentes*, der sich fast immer neben nuntius findet, deutet an, dass die *absentia* des Absenders als Requisit der Botschaft gedacht war. Wie weit aber die Machtbefugnisse des nuntius reichten, ist nirgends festgestellt. Keine Definition des nuntius kann daher Anspruch darauf erheben, dass sie eine gesetzliche Grundlage habe. Von dem Sinne, den der heutige Sprachgebrauch mit unserem Boten verbindet, kann nicht behauptet werden, dass er den des nuntius decke. Die Frage nach der Definition des nuntius bleibt daher meines Erachtens eine offene. Wenn *Zimmermann*

ihn einen Gehilfen in der Willenserklärung nennt, so mag dies richtig sein; aber die Definition ist vom Standpunkte *Zimmermann's* zu enge, da sein generell instruirter Bote für ihn in Wahrheit mehr ist als Gehilfe, oder *Zimmermann* müsste behaupten wollen, es wäre der, welcher nur als Ueberbringer fremder Willenserklärung auftritt, während er thatsächlich eigenen Willen äussert, auch von seinem Standpunkte in Wahrheit Ueberbringer fremder Willenserklärung. Im Uebrigen, d. h. von unserem Standpunkte, ist die Definition zu weit, um praktisch verwerthbar zu sein. Denn auch der Stellvertreter ist Gehilfe der Willenserklärung, auch er entwickelt für, d. h. im Interesse des Vertretenen eine Thätigkeit, die eine Willenserklärung des Vertretenen herstellen hilft, wie sie ein Rechtsgeschäft des Vertretenen erheischt, er ist Willensäusserungsorgan höherer Art!

Diese Auffassung ist keineswegs neu. Ihre logische Möglichkeit und Nothwendigkeit wurde längst von Anderen erkannt. Dabei sehe ich völlig ab von *v. Savigny*, der nuntius und Stellvertreter für identisch erklärt und daher schon im römischen Rechte die Stellvertretung vorfindet. Gerade die entschiedensten Gegner dieser *Savigny'schen* Ansicht konstruiren die Stellvertretung in der angegebenen Art. So schon *Ruhstrat* (im Archiv f. civ. Pr. Bd. 30 S. 340 ff.), der den Vertretenen als den Handelnden, den Vertreter als das Willensorgan des Vertretenen denkt. (S. auch denselben in *Jhering's* Jahrb. Bd. 10 S. 208 ff. insbes. verba: „durch die Genehmigung [des Vertretenen] wird nicht ein Mangel gehoben, sondern der Vertrag erst zur Vollendung gebracht.“) *Dernburg* (Heidelbg. krit. Ztschr. Bd. I S. 19) führt diesen Gedanken weiter aus. Nachdem er die Konsequenzen der *Buchka'schen* Fiktionstheorie bekämpft hat, fährt er fort: „Daraus ergibt sich, dass heutzutage der Prinzipal nicht nur aus den Verträgen, die der Prokurator in dessen Namen abschliesst, erwirbt und verpflichtet wird, sondern, dass er sogar als der eigentliche Paziszent anzusehen ist. Der Mandatar erklärt nicht seine Zustimmung zu dem Vertrage, sondern die seines Mandanten, durch das Mandat dazu bevollmächtigt. .... Wir finden vielmehr darin (in dem Mandat) die

Vollmacht an den Prokurator, die Bestimmungen eines Vertrages innerhalb gewisser Grenzen oder nach seinem Gutbefinden festzustellen und die Einwilligung des Prinzipals zu denselben zu erklären. Dieser ertheilt also im Voraus zu dem, was der Prokurator feststellen wird, seinen Konsens.“

Nur für das römische Recht leugnet *Dernburg* die Möglichkeit, eine Einwilligung in dieser Art zu ertheilen, zufolge des angeblichen Grundsatzes, dass ein Konsens immer nur zu einem bestimmten Geschäft gegeben werden könne, eines Grundsatzes, der aus unserm Rechtsbewusstsein vollständig verschwunden sei. *Scheurl* endlich (krit. Ueberschau Bd. I S. 335) spricht seine Ansicht über die Stellvertretungslehre des heutigen Rechts in Folgendem aus:

„Ich halte für die wahre Bedeutung des Gegensatzes zwischen dem heutigen und dem rein römischen Rechte gerade das, was *Savigny* als eine im neueren römischen Rechte selbst noch vor sich gegangene Entwicklung ansieht. Das Irrige seiner Lehre scheint mir nur in einem Anachronismus zu liegen: Die von ihm angenommene innere Umbildung des (alten) römischen Grundsatzes hat stattgefunden und hat so stattgefunden, wie er sie sich denkt, aber nicht schon zur Zeit der neueren römischen Jurisprudenz, sondern erst in unserm modernen Rechtsleben. (S. 335.)

„Wir fassen, wie auch *Dernburg* sagt, heutzutage den Auftrag an Bevollmächtigte, Verträge für uns zu schliessen, anders auf als die Römer, als einen Auftrag, die von ihm mit unserem Willen beschlossene Erklärung nicht als die seinige, — sondern als die unserer dem Dritten zu verkündigen, nicht wie ein römischer Prokurator, sondern wie ein römischer nuntius abzuschliessen.

„Unsere durch wirklichen Auftrag bevollmächtigten Stellvertreter erscheinen uns als unsere blossen Werkzeuge. (S. 336.)

„Der römische Grundsatz, dass Verträge nur zwischen den Vertragschliessenden selbst geradezu Obligationen erzeugen können, hat noch volle Geltung. . . . Schliesst aber der Mandatar oder Vormund innerhalb der Grenzen seiner vertragsmässigen oder

amtlichen Vollmacht den Vertrag im Namen des Mandanten oder Mündels ab, so gilt der letztere jetzt selbst als der Vertragschliessende und eben desshalb als das alleinige Subjekt der dadurch entstehenden Obligation etc.“ (S. 337.)

*Thöl* (Hndlsrcht. I 5. Aufl. § 70 Text u. Anmerk.), der, wie an späterer Stelle eingehender zu erörtern ist, bei der Stellvertretung zwei Verträge als vorhanden annimmt, einen des Vertreters und einen zweiten des Vertretenen, bequemt sich mit der letzteren Annahme doch gleichfalls nur zu dem Zugeständniss, dass der Vertretene selbst handelt, wenn auch durch den Vertreter. (S. 227 Zeile 7 ff. v. u.)

Doch nicht nur in der Theorie der Stellvertretungslehre ist die Nothwendigkeit der hier verfochtenen Konstruktion durch namhafte Autoritäten anerkannt, auch die Praxis, wie sie in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe Deutschlands erscheint, ist überwiegend dieser Auffassung.

In einem Erkenntniss des Oberappellationsgerichtes Oldenburg vom 14. November 1850 findet sich folgende Ausführung:

„Allein wer ein universelles Mandat ertheilt, erklärt damit von vorne herein, dass er alle Handlungen will, welche der Mandatar für ihn vornehmen sollte; erklärt damit also auch, dass er jeden Besitz erwerben will, den der Mandatar für ihn ergreifen sollte. Wäre dies nicht richtig, so könnte durch einen Universalmandatar gar kein Vertragsverhältniss für den Prinzipal begründet werden. Denn zum Abschluss eines Vertrages ist der übereinstimmende Wille beider Kontrahenten nöthig, welcher im Betreff der einzelnen Verträge des Mandatars auf Seiten des Prinzipals offenbar nicht vorhanden wäre, wenn er nicht eben in der Ertheilung des Universalmandats gefunden werden müsste. Nur weil der Wille des Prinzipals in dieser Mandatsertheilung gefunden werden musste, fanden die Römer sich veranlasst, dem dritten Kontrahenten die actio gegen den Prinzipal zu geben. Nur desshalb kann heutzutage auch der Universalmandatar im Betreff der einzelnen, von ihm abgeschlossenen Verträge als blosses Instrument aufgefasst werden, was unmöglich wäre, wenn nicht in Folge jener Annahme der Prinzipal als Mitkontrahent des Dritten angesehen werden könnte.“ (*Seuff. Arch. f. Entsch.* Bd. V Nr. 106.)

Ein Erkenntniss des Obertribunals Stuttgart vom 22. Februar 1854 entscheidet: „So lange die Genehmigung nicht erfolgt, fehlt es an einer die Entstehung eines Vertragsverhältnisses wesentlich bedingenden übereinstimmenden Willenserklärung der wirklichen Parteien. (*Seuff. Arch.* Bd. VII Nr. 27.)

Die Gründe eines Urtheils desselben Obertribunals enthalten den Satz (*Seuffert Arch.* Bd. 13 Nr. 93): „Wo dagegen der Stellvertreter als solcher aufgetreten ist, . . . wird das Forderungsrecht unmittelbar dem Letzteren, (d. i. dem Vertretenen) erworben, da in diesem Falle nach der hiefür allein entscheidenden Absicht der Parteien unzweifelhaft nur der Vertretene als der wahre Kontrahent zu betrachten ist, während der Vertreter nur als Mittelsperson, als Träger fremden Willens in Betracht kommt.“ (Vgl. noch *Seuff. Arch.* Bd. 23 Nr. 126.)

Aehnlich die Gründe eines Urtheils des bayer. obersten Gerichtshofes vom 29. Februar 1876: „Laut notariellen Kaufvertrages vom 7. Januar 1874 haben nämlich Johann und Franziska F. fragliches Anwesen, soweit es ihrer Schwester gehört, nicht in eigenem Namen, sondern nur Namens derselben verkauft; sie erscheinen daher, insoweit gleiches Anwesen ihrer Schwester gehört, nicht als Verkäufer.“

Einem Erkenntniss des Reichsgerichtes (I. Civilsenat vom 2. Februar 1881, abgedruckt in „Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen“ Bd. III S. 122 f.) endlich entnehme ich folgende Sätze: „Vertragssubjekt, und als solches aus dem Vertrage verpflichtet ist diejenige Person, welche (gemäss erkennbarer Vertragswillensvereinigung) als Kontrahent Vertragsrechte erwirbt und Vertragspflichten eingeht. Dieselbe kann die Vertragswillensäusserung unmittelbar oder durch Stellvertreter verwirklichen . . . . Die Kontraktsklage findet nur gegen das Vertragssubjekt statt. Der Kläger muss also als solcher substantziren und im Falle des Bestreitens (d. h. wenn der Beklagte einwendet, er habe nicht in eigenem Namen kontrahirt) beweisen, dass der Beklagte Vertragssubjekt sei.“ . . .

*Zimmermann* will einen Haupteinwand gegen diese Aufstellung aus den rathabitionsbedürftigen Geschäften und den Rechtsgeschäften gesetzlicher Vertreter entnehmen.

Was nun die letzteren anlangt, so scheint mir die gesetzliche Vertretung überhaupt von der freiwilligen geschieden werden zu müssen. Bei der freiwilligen Stellvertretung erscheint stets der Wille eines Prinzipals für die Wirksamkeit stellvertretender Thätigkeit entscheidend. Der gesetzliche Vertreter hat einen Prinzipalswillen dieser Art nicht hinter sich. Seine Vollmacht beruht auf unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung. Man müsste also behufs Konstruierung der gesetzlichen Stellvertretung sagen: Der gesetzliche Stellvertreter ist Vermittler des Willens des Gesetzes. Das Gesetz will von vorne herein Alles, was der Stellvertreter für den Vertretenen zu wollen erklärt, oder m. a. W. das Gesetz schreibt eine Fiktion vor, die Fiktion, dass der gesetzliche Vertreter auf Grund des Willens des Vertretenen handle, obwohl der Vertretene einen juristischen Willen nicht haben kann.

Wäre dem nicht so, liesse sich schon die Vollmacht des gesetzlichen Vertreters nicht erklären. Denn Vollmacht heisst doch Verleihung der Macht, für den Vollmachtgeber wirksam zu handeln.

Die Handlung des gesetzlichen Vertreters hat nun aber Wirkung für den Vertretenen, obgleich dieser nicht Vollmachtgeber ist und es nicht sein kann. Die Vollmacht ertheilt das Gesetz. Indem es dieselbe ertheilt, spricht es aus, es solle dem gesetzlichen Vertreter dieselbe Macht verliehen sein, die er haben würde, wenn der Stellvertreter selbst ihm eine solche Macht verliehen hätte, bzw. hätte verleihen können, m. a. W. es schreibt eine Fiktion vor. Es ist demnach für die Konstruktion der gesetzlichen Stellvertretung eine Schwierigkeit in dem Umstande nicht gegeben, dass der freiwillige Stellvertreter als Willensäusserungsorgan des Prinzipals erscheint.

Noch weniger kann aber eine Schwierigkeit in den Fällen vorliegen, wo ein Unbevollmächtigter als Stellvertreter gehandelt hat. Folgt hier keine Genehmigung des Prinzipals nach, so steht nach Ansicht Aller fest, dass zwischen dem Dritten und dem Prinzipal keinerlei Rechtswirkungen entstehen, m. a. W., dass eine Stellvertretung in Wahrheit nicht stattfindet. Folgt dagegen die Genehmigung nach, so tritt wiederum nach übereinstimmender Ansicht fast aller Schriftsteller die Wirkung ein,

die eingetreten wäre, wenn eine Vollmacht vorgelegen hätte, m. a. W., es wird die Wirkung der Ratihabition zurückbezogen auf den Moment der stellvertretenden Thätigkeit des Unbevollmächtigten, indem die Ratihabition der Vollmacht gleichgeachtet wird. Würde nun die Vollmacht die Wirkung gehabt haben, dass der Bevollmächtigte als Vermittler des Prinzipalwillens gegolten hätte, so muss mit logischer Nothwendigkeit die der Vollmacht gleichstehende Ratihabition rückwärts die gleiche Wirkung haben, d. h. es muss die Thätigkeit des Stellvertreters als eine vom Ratihabenten sich angeeignete, demnach als eine Thätigkeit, welche den prinzipalischen Willen vermittelt hat, erachtet werden. Wären die Fälle des unbevollmächtigten Handelns in Wahrheit ohne die Konstruktion der Stellvertretung im Sinne *Zimmermann's* nicht zu erklären, so würde *Zimmermann* selbst rathlos sein müssen, wenn ein Unbevollmächtigter als Bote auftritt, — also in einer Art, welche nach *Zimmermann* selbst als Handelnden den Prinzipal voraussetzt — und der Vollmachtsmangel durch Ratihabition später ersetzt wird

Auch in diesem Falle steht fest, dass vor der Ratihabition und bei Ausbleiben der Ratihabition eine Wirkung für den Prinzipal nicht eintritt, dass die Ratihabition die Wirkung herbeiführt, und dass der Prinzipal als der Handelnde gilt.

Wenn bisher nachzuweisen versucht wurde, dass der Vertretene beim Abschluss von Rechtsgeschäften in seinem Namen der juristisch Handelnde sei, so sollte damit

1. Das Irrige der Vorstellung dargethan werden, dass des Vertretenen Wille für die Herstellung des das Rechtsgeschäft bildenden Thatbestands gleichgiltig und dass er hiebei gar nicht betheiligt sei, indem zugleich eingeräumt wurde, dass der Vertreter zur Herstellung jenes Thatbestandes mitwirke, indem er Namens des Prinzipals als Stellvertreter handelt,
2. gezeigt werden, dass als die für die Wirkungen des Geschäftes entscheidende Thätigkeit nur die des Prinzipals gelten dürfe.

Wenn dies festgehalten wird, so ist es im Uebrigen lediglich Sache der Terminologie, ob man den Vertreter oder den Ver-



tretenen als handelnd oder als den Kontrahenten bezeichnen will. Dann erscheint es aber auch verfehlt, aus der willkürlichen Annahme der Terminologie Schlussfolgerungen für die Wirkungen des durch einen Stellvertreter vermittelten Rechtsgeschäftes und für den Satz zu ziehen, dass die Stellvertretung mit den Prinzipien des römischen Rechts unvereinbar gewesen sei.

Man kann der herrschenden Meinung, welche den Stellvertreter für den rechtsgeschäftlich allein Handelnden erklärt, Widerspruch entgegensetzen, ohne denjenigen zuzustimmen, welche eine unmittelbare Rechtswirkung für den Vertretenen aus der Thätigkeit des Stellvertreters auch nach heutigem Rechte deshalb leugnen, weil es begrifflich unmöglich sei, dass bei Eingehung von Verträgen der Kontrahent nicht auch der Berechtigte und Verpflichtete werde. Den letzteren Satz muss man anerkennen. Darum beziehen sich die Argumente für diesen auf die hier verfochtene Auffassung nicht. Es treffen sie aber auch nicht die Angriffe, welche gegen die Auffassung des Vertretenen als des Handelnden gerichtet sind. *Kuntze* (Obligation und Singularsuccession S. 284) bekämpft die Verwendung des Botenbegriffs für die Lehre von der Stellvertretung, indem er vor Allem nach einer Erklärung der Thatsache verlangt, dass die „für das praktische Leben so feinfühligten Römer“ sich veranlasst sahen, „nach einem Surrogat direkter Stellvertretung mit so nachhaltiger Arbeit des Rechtssinnes zu ringen“, da sie doch den nuntius kannten. Es habe doch ein Verkehrsbedürfniss bestanden, welches über das Verhältniss des nuntius hinaustrieb. Warum sonst jene Anstrengungen, jenes schichtenweise Hervorbrechen der *aes adj. qual. aes utiles*, *aes adj. qual. utiles*?

In zweiter Reihe scheint für *Kuntze* die Konsequenz der Verwerthung des Botenbegriffes unannehmbar, dass dann die Obligation aus der Person des Vertretenen beurtheilt werden müsste, wogegen sich utilitatis und aequitatis ratio sträubten, wie z. B. gegen die Umstossung des Satzes: ein wesentlicher Irrthum des vertragschliessenden Stellvertreters verhindert die Entstehung einer Obligation, oder: für die Vertragsform ist die Person des Stellvertreters maassgebend, oder: Handlungsfreiheit ist Voraussetzung in der Person des Stellvertreters.

Allein gegen diese Art der Beweisführung muss von vorneherein Verwahrung eingelegt werden. Es ist nicht wohl einzusehen, wie *Kuntze* angebliche Konsequenzen aus dem Stellvertretungsbegriff sollte benützen dürfen, um durch die Behauptung ihrer unbestrittenen Existenz das Prinzip zu beweisen, aus dem sie sich ergeben sollten. Welche Konsequenzen das Prinzip ergibt, wird an geeigneter Stelle nach dessen Feststellung zu zeigen sein.

Ebenso wird eine gesonderte Darstellung des Verhältnisses der *aes adj. qual. und utiles* zur Lehre von der Stellvertretung das „Ringen“ der Römer nach Ausbildung dieser Institute aufklären. Hier genügt es darauf zu verweisen, dass nicht erwiesen werden kann, es hätten *aes utiles* und *adj. qual.* ein Handeln auf fremden Namen zur Voraussetzung gehabt (s. u. IV.). Da aber gerade hierin das eigenthümliche Merkmal der Stellvertretung liegt, so darf bis zum Beweise des Gegentheiles vorläufig angenommen werden, dass mit jenen Instituten ein anderer Zweck hat erreicht werden wollen, als der ist, dem die Stellvertretung dient.

Zu alle dem kommt aber *Kuntze* gegenüber das Bedenken, dass nicht feststeht, was die Quellen unter *nuntius* begreifen und ferner, dass *Kuntze* sich gar nicht darüber äussert, ob nicht ausser dem nur meldenden Boten nicht noch ein Gehilfe in der Willenserklärung von höherer Art denkbar sei.

Aber auch das Positive, was *Kuntze* aufstellt, kann nicht befriedigen. Wenn er (S. 289 ff. a. a. O.) die Obligation zwischen Stellvertreter und drittem Kontrahenten entstehen lässt als Hauptobligation, daneben aber die Entstehung einer Zweigobligation zwischen dem Dritten und dem Vertretenen annimmt, welche die Stammobligation im Entstehen erstickt, so ist damit in der ganzen Lehre nichts klarer geworden. Es ist insbesondere nicht erklärt, wie es kommen kann, dass die Zweigobligation entsteht, ohne dass der eine Betheiligte den Vertrag schliesst; es ist nur konstatiert, dass sie entsteht. Die Existenz der Stammobligation aber ist ohne alle materielle Bedeutung, sie hängt völlig in der Luft und Niemand sieht ein, wozu sie dient, wenn doch die Zweigobligation ohne den Kontrakt des Vertretenen zu Stande kommt.

---

Deutlicher als bei *Kuntze* sieht man bei *Vangerow* (Lehrb. d. Pand. VII. Aufl. III. Bd. S. 293 ff.) das Wo und Wie. Nach *Vangerow* ist der Vertreter als Gläubiger stets Cessionar des Vertreters. Die Cession sei schon in der Uebernahme der Stellvertretung die Denunziation in dem Handeln auf Namen des Vertretenen enthalten. Für die Stellvertretung in der Verpflichtung wird eine eigene Konstruktion nicht aufgestellt, es wird nur die Möglichkeit derselben im heutigen Rechte zugegeben. (I. c. S. 297 Nr. 2.) Keinesfalls lässt sich hier mit Cession auskommen. Es ist darum schon die Konstruktion *Vangerow's* für die Stellvertretung beim Forderungserwerb höchst bedenklich, abgesehen davon aber deshalb gewiss unrichtig, weil wider seinen Willen Niemand eine Forderung erwerben kann; dem Vertreter aber stets der Wille fehlt, sich eine Forderung (behufs Cession an den Vertreter) zu erwerben, ihm vielmehr lediglich der Wille innewohnt, den Vertretenen direkt zu berechtigen, seine Person aber rechtlich vollkommen aus dem Spiele zu lassen. Da übrigens *Vangerow* für die Stellvertretung in der Verpflichtung eine Konstruktion nicht versucht hat, so trifft seine Lehre auch der Vorwurf der Unvollständigkeit, ganz abgesehen davon, dass er, wie *Kuntze* für die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, die nicht Verträge sind, eine Theorie vollständig vermissen lässt.

*Thöl* (Handelsrecht 5. Aufl. S. 226 ff.) geht von folgendem Satze aus: „Es ist unmöglich, dass eine andere Person, als welche durch ihren Vertragswillen zuerst einen Vertrag begründet, der ursprüngliche Kontrahent ist. Damit ist nicht zu verwechseln, was allerdings möglich ist, dass eine andere Person, und nur diese, verpflichtet und berechtigt werde.“ Die moderne Stellvertretung im Vertragsabschlusse ist daher für *Thöl* eine Kombination von zwei Verträgen; „der Dritte hat zwei Kontrahenten. Um den Einen belangen zu können, muss er sich auf seinen Vertrag mit dem Andern berufen. Der Vertreter hat kontrahiert, aber für den Vertretenen und der Vertretene hat kontrahiert, aber vermittelt des Vertreters.“

Es muss hier festgehalten werden, dass *Thöl* demnach nicht nur zugibt, sondern postuliert, der Vertretene schliesse mit dem Dritten ebenfalls einen Vertrag.

Andererseits verlangt *Thöl* zum Abschluss des Vertrags einen präzisen Vertragswillen: „Der Wille des Vertretenen ist zum Vertragsschluss zu allgemein. Erst der Wille des Vertreters besitzt die nöthige Präzision. Diese Präzision des vertreterischen Willens hat aber zugleich die Wirkung, dass sie auch den Willen des Vertretenen präzisiert. Dadurch entsteht erst für den Vertretenen ein eigener präziser Vertragswille. Der Stellvertreter ist der Erzeuger des konkreten Willens des Vertretenen.“

Nach dieser Konstruktion ist klar, dass von den beiden als vorhanden angenommenen Verträgen der eine — der mit dem Stellvertreter geschlossene — für sich keinerlei Wirkungen hat, dass er vielmehr nur als Mittel dient, um dem zweiten, zwischen Prinzipal und Dritten geschlossenen Vertrag Inhalt und Wirkung zu verleihen. Die Thätigkeit des Stellvertreters ist demnach — man mag sie nun Kontrahiren nennen, oder sonst wie bezeichnen — lediglich Mitwirkung zur Herstellung eines Kontraktes zwischen dem Prinzipal und dem Dritten. Die nähere Beschreibung dieser Mitwirkung als Erzeugung eines präzisen Prinzipalwillens ist, — abgesehen von der darin hervortretenden Vorstellung, als sei es möglich, dass die rein individuelle Funktion des Willens von einem ausserhalb des Individuums stehenden Dritten erzeugt werde — jedenfalls nicht geeignet, die Sachlage aufzuklären.

Uebrigens ist klar, dass — da Gegenstand und Inhalt der beiden Verträge auch nach *Thöl's* Meinung identisch sein müssen — durch die Uebereinstimmung der Willenserklärungen des Dritten und des Vertreters zugleich die Uebereinstimmung der Willenserklärungen des Dritten und des Prinzipals konstatirt wird. Besteht nun die letztere darin, dass der konkrete Vertrag zwischen Dritten und Prinzipal geschlossen sein soll, so ist es unmöglich, dass der Dritte durch seine Thätigkeit gegenüber dem Vertreter, die das Mittel zu jenem Vertragsschluss sein soll, zugleich denselben Vertrag mit dem Vertreter geschlossen haben wollte.

An Beispielen muss dies ganz klar werden: Wenn A dem B als Stellvertreter des C eine Sache verkauft und man im Sinne der herrschenden und der *Thöl'schen* Meinung annimmt, die Kaufkontrahenten seien A und B, so lässt sich die Ver-

einigung beider Willenserklärungen gar nicht anders denken als so, dass A dem B die Sache gegen Geld überlassen, B die Sache von A um Geld haben will. Wenn A dem B als Stellvertreter des C eine Sache verpfändet, so will A dem B Real-sicherheit geben, B von A solche Sicherheit erhalten; wenn A von B als Stellvertreter des C eine Wohnung miethet, so will A von B den Gebrauch der Wohnung gegen Entgelt überlassen haben, B an A ihn gegen Entgelt überlassen etc.

Es ist aber unmöglich, dass in diesen Beispielen der Wille des A an B zu verkaufen, dem B zu verpfänden, von B zu miethen, zugleich der Wille sei an C zu verkaufen etc.; ebensowenig kann der Wille des B zu kaufen, zum Pfand zu nehmen, zu vermieten zugleich Wille des C sein zu kaufen etc.

Der Umstand, dass die Willenserklärung des Vertreters den Zusatz: „im Namen des Vertretenen“ haben muss, ändert an der logischen Unmöglichkeit nichts; denn das soll ja erst bestimmt werden, welchen Sinn und welchen juristischen Werth dieser Zusatz habe. Vor dieser Bestimmung existirt für die Beurtheilung nur die Thatsache, dass der Vertreter für den Vertretenen handelt, dieser für sich, dass also jeder in anderer Weise handelt. Niemals kann der Wille des Einen zugleich der des Andern sein; niemals auch kann der dritte Kontrahent, der den Willen des Einen erfassen will, ebendadurch den gleichen Willen des Andern erfassen wollen.

*Thöl* hat somit eine Unmöglichkeit als Möglichkeit behauptet und einen Satz aufgestellt, der keinen geringeren inneren Widerspruch enthält als den: „dass der Kontrahent ein Christ sei, wenn der Mandant ein Christ sei, der mandatarische Kontrahent ein Jude sei,“ welchen *Thöl* der herrschenden Meinung vorwirft. (a. a. O. S. 229 Anmkg.)

*Thöl* wählt zur Veranschaulichung des Vorgangs der Stellvertretung, wie er ihn denkt, folgendes Beispiel:

„Würde der Stellvertreter X dem Pferdeverkäufer seine Vollmacht vorzeigen: „„Herr X ist von mir beauftragt, von Ihnen sechs Pferden eines nach seiner Wahl für meine Rechnung zu kaufen““, so würde der Pferdehändler sogleich ersehen, dass X nicht einen bei mir fertigen Kaufwillen lediglich mittheilt, son-

dern dass aus seinem Willen der bestimmte Kaufvertrag entstehen soll“ und fährt fort: „diess wird Alles noch klarer werden, wenn man die Vollmacht so allgemein denkt, dass dem Bevollmächtigten sogar die Wahl der Person des Kontrahenten und des Preises und des Gegenstandes und sogar die Art des Vertrages überlassen ist, oder gar einen Institor, oder gar einen procurator omnium rerum denkt“ (a. a. O. S. 230). Dagegen ist die einfache Frage zu stellen, ob die Vollmacht, welche der Vertreter dem Pferdehändler vorzeigt, nicht auch so lauten kann: „Herr X ist von mir beauftragt, von Ihren sechs Pferden den Grauschimmel *Herkules* um 1200 *M* per comptant gegen sofortige Uebergabe des Pferdes an meinen zu diesem Zwecke miterscheinenden Diener zu kaufen?“

Wenn ja, fehlt es dann dem prinzipalischen Willen an Präzision und Konkretisirung? Wird sein Wille erst konkret genug durch die Erklärung des Herrn X: „Ich kaufe Namens meines Mandanten den Grauschimmel *Herkules* um 1200 *M*?“

Wollte aber eingewendet werden, dass hier der Pferdehändler sofort aus der vorgezeigten Vollmacht ersehe, X entledige sich mit dieser Erklärung lediglich eines Botendienstes, dann frage ich weiter, ob X denn seine Vollmacht vorzeigen muss. Und wenn nicht, ist er dann Bote oder Stellvertreter? Wenn er Letzteres ist, fehlt es dann dem Willen des Prinzipals vielleicht an der nöthigen Bestimmtheit? Oder soll am Ende das Institut der Stellvertretung auf die Fälle der Generalvollmacht eingeschränkt werden und mit welchem Rechte?

So wendet sich denn, wie ich glaube, auch *Thöl's* Beispiel gegen ihn selbst. Doch auch hiemit sind die Mängel dieser Lehre nicht abgeschlossen.

Auch sie trifft der Vorwurf, dass sie nur die Stellvertretung in Verträgen zu erklären versucht, die Stellvertretung in Rechtsgeschäften überhaupt aber gänzlich unerörtert lässt.

Die Angriffe *Thöl's* gegen diejenige Konstruktion der Stellvertretung, welche den Handelnden in der Person des Prinzipals erblickt, lassen sich auf die Behauptung reduzieren: es sei dies nur eine Umschreibung des Widerspruchs, den die Fiktion, dass der Kontrakt des A als Kontrakt des B gelten solle, enthält.

Diese Behauptung wird aber nicht erwiesen. Es wird ihr nur die andere Behauptung an die Seite gesetzt, der präzise Vertragswille, durch welchen allein der Vertrag entstehen könne, sei ursprünglich beim Mandatar und erst in Folge davon gehe er auf den Mandanten über (S. 230), ein Verhältniss, das entweder als unmöglich zu erachten ist, oder nur als ein anderer Ausdruck für die Behauptung erscheint, dass der Vertretene den Vertreter lediglich als Mittel zur Aeusserung seines Willens gegenüber dem dritten Kontrahenten benützt.

So müssen die Gründe, welche von den verschiedensten Lagern der Doktrin gegen die bezeichnete Konstruktion der Stellvertretung in's Feld geführt werden, als unstichhaltig erachtet, es muss vielmehr darauf bestanden werden, dass diese Konstruktion der Stellvertretung möglich, ja dass sie allen andern Konstruktionsversuchen entschieden vorzuziehen sei. Denn sie allein bewahrt vor der Anomalie, dass die rechtliche Wirkung einer Willenserklärung in der Person eines Andern als des Wollenden zur Erscheinung kommt; denn dass diese Anomalie im Grunde auch in den Verträgen zu Gunsten Dritter nicht vorliegt, scheint mir *Zimmermann* (die stellvertretende negotiorum gestio § 2) bewiesen zu haben.

Neuestens kommt denn auch *Karlowa* (Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen) auf diese unsere Auffassung hinaus, obwohl er sich selbst zu deren Gegnern zählt. *Karlowa* unterscheidet im Rechtsgeschäfte den Errichtungsakt von dem Bestande und versteht unter dem letzteren die aktive und passive Gebundenheit der Subjekte bezüglich der zunächst oder eventuell beabsichtigten Rechtswirkungen (a. a. O. S. 5, 6). Diese Unterscheidung auf die Stellvertretung anwendend kommt er zu dem Ergebniss, dass „der Errichtungsakt lediglich vom Stellvertreter ausgeht und auch durchaus nicht als von dem Vertretenen ausgehend vorgestellt oder gedacht wird. Dass der Errichtungsakt im Namen oder statt des Vertretenen vorgenommen wird, hat den Sinn, dass der Bestand des Geschäftes, die durch den Errichtungsakt herzustellende aktive oder passive Gebundenheit und erst folgeweise die beabsichtigte rechtliche Wirkung in seiner

Person eintreten sollen. Ist nun der Bestand des Geschäftes Ursache des Eintretens der Wirkung, so kann man nicht sagen, dass das Wesen der wahren Stellvertretung auf einer völligen Trennung von Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft beruhe“ (S. 55 a. a. O.). „Das auf den Namen des Vertretenen in Erwartung der Ratihabition errichtete Geschäft soll in der Person des Vertretenen entstehen, soll sein Geschäft sein“ (S. 60 a. a. O.). „Damit durch den vom Stellvertreter vorgenommenen Errichtungsakt wirklich das Geschäft in der Person des Vertretenen entstehe, ist erforderlich, dass er zu solchem Handeln Namens des Letzteren ermächtigt sei. Diese Macht hängt . . . . von einer Willenserklärung des Vertretenen ab“ (S. 57, 58 a. a. O.).

Diese Sätze im Zusammenhange sagen nichts mehr, noch weniger, als dass das durch den Vertreter abgeschlossene Geschäft des Vertretenen Geschäft sei, in ihm die aktive oder passive Gebundenheit hervorbringe und dass dies eine Folge des vertreterischen Errichtungsaktes (Willens) deshalb sei, weil die (bevollmächtigende) Willenserklärung des Vertretenen vorliege, oder m. a. W. dass ohne diese Willenserklärung gar keine Rechtswirkung auf Seite des Vertretenen zu Stande kommt, mit dieser Willenserklärung dieselbe Wirkung eintritt, als wenn der Vertretene den Errichtungsakt ebenfalls selbst vorgenommen hätte. Weil nun aber nach *Karlowa* selbst der Errichtungsakt noch nicht das Rechtsgeschäft, sondern nur Mittel zum Rechtsgeschäft ist, so kann man auch nach *Karlowa* sagen, dass der Vertreter zum Abschluss des Rechtsgeschäftes mitwirkt, als Geschäftssubjekt, mithin auch als juristisch Handelnder, der Vertreter erscheint. Freilich gehört die Vollmacht nach *Karlowa* „zu den Willensäußerungen, welche nicht auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet sind, sondern eine Entscheidung geben sollen. Die Vollmacht will entscheiden, dass das ihr gemäss vom Vertreter auf den Namen des Vollmachtgebers zu errichtende Geschäft ein Geschäft des Letzteren sei. Rechtlich abhängig ist allerdings die Existenz des Geschäftes und die dadurch zu begründende Wirkung von der in der Vollmacht liegenden Willenserklärung, aber rechtliche Abhängigkeit eines Rechtsgeschäftes bzw. eines Rechtsverhältnisses von einer Thatsache oder Willens-



erklärung ist nicht dasselbe, wie Bewirktsein oder Mitbewirktsein durch eine Thatsache“ (S. 58, 59 a. a. O.).

Allein, ganz abgesehen davon, dass man bei näherer Prüfung die Berechtigung einer Unterscheidung zwischen bewirkenden und entscheidenden Thatsachen (*Karlowa* a. a. O. S. 10 ff.) bezweifeln kann, darf man doch behaupten, dass die Handlung, welche darüber entscheidet, ob eine andere Handlung eine rechtliche Bedeutung hat, eine juristische Handlung im eigentlichsten Sinne ist. Will man daher auch *Karlowa* in seiner Unterscheidung beipflichten, so bleibt doch wahr, dass beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch einen Stellvertreter der Vertretene ebenfalls handelt, und da er entscheidend handelt, so ist die Handlung des Vertreters nur eine Mitwirkung, eine Beihilfe zum Rechtsgeschäft, eine Herstellung der *Karlowa'schen* causa efficiens anstatt des Vertretenen durch Vornahme dessen, was äusserlich zum Errichtungsakt erfordert wird. Dass diese Thätigkeit auch von dem nuntius im Sinne der Neueren entfaltet werden kann, wird nicht zu bestreiten sein.

Es ist darum für das Wesen der Sache bedeutungslos, wenn *Karlowa* (a. a. O. S. 53) bemerkt: „Zu verwerfen ist zunächst die Auffassung, wornach der Vertretene wirklich der das Geschäft Errichtende ist.“

Einen entschiedenen Verfechter der hier vertretenen Auffassung finde ich unter den Neueren allein in *Canstein* (Ueber Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Handelsrecht, in Busch's Archiv für deutsches Handelsrecht Bd. 21 S. 226 ff.). Diese Abhandlung, deren Gründen und Resultaten freilich nicht durchweg beigestimmt werden kann, scheint weniger bekannt geworden zu sein, als sie verdient hätte (Auch in *Zimmermann's* angef. Werke und in *Windscheid's* Pandekten 5. Auflage ist ein Hinweis darauf zu vermissen). *Canstein* steht zwar mit der herrschenden Meinung und mit *Zimmermann* insoweit auf dem gleichen Boden, als er von der Unzulässigkeit der Stellvertretung im römischen Rechte als etwas Ausgemachtem ausgeht. Allein seine Konstruktion des modernen Rechtsinstituts weicht gründlich von jener herrschenden Lehre ab. Er geht davon aus, dass unzweifelhaft die Annahme einer Vertragsofferte oder die Stellung

einer solchen unter der Bedingung zulässig sei, dass ein Dritte dieselbe billige und diese bedingte Erklärung melde. Dabei nimmt er an, dass der Stellvertreter in dreifacher Eigenschaft handelt

1. als Unterhändler, der den allgemeinen Willen seines Vollmachtgebers zu einem speziellen Kontraktswillen formuliert
2. Als Vertrauensperson, die ihr Gutdünken oder Ermessen abgibt, ob der nun von ihm als Unterhändler formuliert Vertrag geschlossen werden soll.
3. Als Bote, der den ursprünglich allgemeinen und nun speziellen und unbedingten Willen des Vollmachtgebers den Kontraktswillen desselben, erklärt.

Handelt der Vollmachtsträger nicht in dieser dreifachen Beziehung, so ist er nach *Canstein* nicht Stellvertreter. Fehlt die Beziehung sub 2, so ist er bloss Beauftragter, d. i. eine Person, die nur den nicht fertigen Willen des Auftraggebers zum speziellen Kontraktswillen macht und den Anfangs allgemeinen, im Voraus gegebenen und nun zum Kontraktswillen formulierten Konsens des Auftraggebers als Bote erklärt.

Fehlt die Beziehung sub 1, so ist der Bevollmächtigte bloss Vertrauensperson, die durch Abgabe ihres Gutdünkens, also Eintreffen der Bedingung den Vertrag zur Existenz bringt und zugleich als Bote den Anfangs bedingten und nun unbedingten Willen des Prinzipals erklärt.

Fehlen die Bedingungen sub 1 und 2, so überbringt er den fertigen, unbedingten und speziellen Kontraktswillen seines Mandanten, so ist er blosser Bote, wie z. B. der Prokurator beim Abschluss einer Ehe.

Der, wie mir scheint, für *Canstein* entscheidende Gesichtspunkt ist die Verwerthung des Satzes, dass Jedermann seinen rechtsgeschäftlichen Willen von dem Ermessen eines Dritten abhängig machen kann. (Vgl. z. B. 25 § 10 S. 29, 2: Si coram Titio iussit adire scilicet arbitrio Lucii Titii recte puto iussisse. Die Heranziehung dieses Satzes in die Lehre von der Stellvertretung war ein äusserst fruchtbarer Gedanke, der um so mehr Anerkennung verdient, als er bis auf *Canstein* und nach ihm von keiner Seite verarbeitet und nur von *Dernburg* (oben S. 22) angedeutet worden ist.

Bedenklich scheint nur die Unterscheidung, welche *Canstein* zwischen Stellvertreter einerseits und bloss Beauftragtem und blosser Vertrauensperson andererseits statuirt, wornach aus dem Kreise der Stellvertreter der mit der Spezialvollmacht versehene Mandatar ausscheiden würde, sei es, dass ihm die Spezialvollmacht noch Raum für eigenes Ermessen lässt, oder nicht. Diese Konsequenz muss um so mehr auffallen, als jedes Handeln auf Namen eines Andern seine Wirkungen auch und im hervorragenden Masse auf Dritte erstreckt, obwohl diesem Dritten gegenüber das Verhältniss zwischen Stellvertreter und Vollmachtgeber in keiner Weise zum Ausdruck gelangen muss.

*Canstein* hat denn auch in einer neueren Abhandlung („Vollmacht und Auftrag“ in Grünhut's Ztschr. f. Privat- u. öffentl. Recht Bd. III S. 670 ff.) diese Unterscheidung aufgegeben und vielmehr den Boten, Beauftragten und Bevollmächtigten, denen er noch den von ihm sogenannten Entscheidungsmandatar zugesellt, als Spezies des Gattungsbegriffes „Stellvertreter“ bezeichnet. Er geht bei Konstruktion des Stellvertretungsbegriffes in dieser neueren Abhandlung davon aus, dass jedes Rechtsgeschäft folgende Voraussetzungen habe:

1. Einen Willen, welcher eine bestimmte rechtliche Wirkung bezweckt;
2. die Erklärung dieses Willens;
3. einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Willen (1) und der Erklärung (2).

Die Vertretung im Willen sei unmöglich, wohl aber könne die Formulirung und Präzisierung eines bereits erklärten allgemeinen Willens einem Andern übertragen werden. Was der Andere zu diesem Behufe thue, sei nicht ein Akt des Willensvermögens, sondern Gutbefinden des Stellvertreters, also ein Akt des Erkenntnisvermögens. Die Erklärung des präzisirten Willens nehme der Stellvertreter anstatt des Vertretenen vor. Der erforderliche Kausalnexus zwischen dem Willen des Vertretenen und der Erklärung des Vertreters sei nur vorhanden, wenn der Vertreter bewusst statt des Vertretenen dessen Willen erkläre, wozu nöthig sei:

- a) dass er wisse, was der Vertreter will;

b) dass er auf Grund dieses Bewusstseins und seines Willens, als Stellvertreter aufzutreten, handle;

c) dass er selbst als handelnde Person mitwirkend auftrete.

Demgemäss betrachtet *Canstein* als den juristisch Handelnden, als den, der das Rechtsgeschäft abschliesst, indem er seinen Willen erklären lässt, den Vertretenen und weist nach, dass der Vertreter stets nur in der Willenserklärung mitwirke, dass aber seine Mitwirkung eine verschiedenartige sein könne (a. a. O. S. 675—684). Insbesondere zeigt *Canstein*, dass der von den Neueren (*Laband*, *Schliemann* etc.) vom Stellvertreter unterschiedene „Bote“ nichts anderes als Stellvertreter sei. Seine Definition des von ihm sog. „Stellvertreter-Boten“ geht dahin, dass dieser bewusst den fertigen, d. i. festen und bestimmten Willen des Vertretenen anstatt dessen erklärt. Bloss „Beauftragter“ ist ihm derjenige, welcher den ihm vom Vertreter fest erklärten allgemeinen Willen zu einem speziellen und bestimmten Rechtsgeschäftswillen zu präzisieren und denselben bewusst statt des Vertretenen zu erklären hat. Wer ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft äusserlich statt des Vertretenen abzuschliessen hat, sobald dasselbe von ihm für gut befunden wird, den nennt *Canstein* den Entscheidungsmandatar, der sich vom Beauftragten dadurch unterscheidet, dass er nicht einen allgemeinen Willen erst präzisirt, vom Stellvertreter-Boten dadurch, dass er über das „Ob“ des Abschlusses zu entscheiden hat.

Eine Kombination des Boten, Beauftragten und Entscheidungsmandatars ist der Bevollmächtigte, indem er sowohl den allgemeinen Willen des Vertretenen spezialisiert, als auch über das „Ob“ und „Wie“ des Abschlusses entscheidet.

Man sieht, dass diese neueren Ausführungen *Canstein's* in wesentlichen Punkten von seinen früheren abweichen. Dieselben geben deshalb auch eine Veranlassung zur Polemik nicht mehr. Mag man über die Nothwendigkeit der Unterscheidungen *Canstein's* streiten, soviel scheint mir unbestreitbar, dass *Canstein* damit völlig klar gestellt hat, wie weit die Auffassung des Stellvertreters als des allein juristisch handelnden Subjekts im Rechtsgeschäfte davon entfernt ist, das Richtige zu treffen.

## Zweiter Theil.

### Dogmatische Darstellung.

---

#### I. Sprachgebrauch der Quellen.

In den Quellen begegnen Fälle, in welchen eine Handlung von rechtlicher Bedeutung und Wirkung als vorgenommen bezeichnet wird von einem Anderen als dem, der den äusseren sichtbaren Thatbestand der Handlung hergestellt hat. Wenn es sich nun nachweisen liesse, dass diese Auffassung bei Beschreibung der verschiedensten Handlungen wiederkehrt, bei einseitigen Rechtsgeschäften wie bei Kontrakten, bei Handlungen, welche in *faciendo* und bei solchen, welche in *patiendo* bestehen, so dürfte hieraus mit Nothwendigkeit geschlossen werden, dass eine derartige Betrachtungsweise der römischen Rechtssprache nicht prinzipiell fremd, sondern gerade im Gegentheil vollständig geläufig war.

An einer Reihe von Quellenaussprüchen soll im Folgenden die Gewöhnlichkeit der angegebenen Ausdrucksart gezeigt werden:

- I. 7 pr. D. 3, 6: Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est vel a procuratore meo omnium bonorum vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor si autem non mandatu meo alius..... dedisset — neque ratum habui, tunc et ipsum repetere et me in quadruplum agere posse.

Nach Inhalt dieser Stelle erscheint derjenige, für den ein Spezial- oder Generalbevollmächtigter, oder ein unbevollmächtigter Geschäftsführer mit nachfolgender Genehmigung Geld gibt, selbst

als Geber. Die *Condictio sine causa* wegen *calumnia* steht daher dem zu, für den die Gabe erfolgt, nicht dem, der äusserlich als Geber auftritt.

Die Entscheidung der Stelle hat zwar ohne Zweifel ihren Grund darin, dass der *dominus negotii* von seinem Prokurator oder Geschäftsführer wegen der für ihn bestrittenen Auslage mit *actio mandati*, resp. *negotiorum gestorum contraria* belangt werden könnte und dass daher das Gegebene aus seinem Vermögen gegeben ist; allein auf der andern Seite unterliegt es ebensowenig einem Zweifel, dass die Eigenthumsübertragung, welche durch den Ausdruck *dare* bezeichnet wird, als eine zwischen dem *dominus* und dem Empfänger, nicht zwischen diesem und dem Bevollmächtigten vor sich gegangene sich darstellt. Dies zeigt sich sofort, wenn bei der *datio calumniae causa* eine *turpitude* nicht blos des Empfängers, sondern auch des Gebers unterstellt wird. In diesem Falle steht die *condictio* dem *dominus* nicht zu, wenn er ob *turpem causam* durch einen Bevollmächtigten geben liess (5 § 1 D. 3, 6). Der *Dominus* ist demnach der juristische Geber nicht blos insoferne *ex rei eius* gegeben ist, sondern auch hinsichtlich der bei dem Uebereignungsgeschäfte intendirten *causa*, m. a. W. in sämtlichen rechtlichen Beziehungen, während der äusserlich wahrnehmbare Traditionsakt auch hier zwischen dem Bevollmächtigten und dem Empfänger vor sich geht.

Weit unzweideutiger kommt dieselbe Vorstellungsweise zum Ausdruck in folgenden Stellen:

2. 1 pr. D. 1, 19, welche nach *Mommsen* in folgender Weise zu lesen ist: *Quae acta gesta que sunt a procuratore Caesaris, si ab eo comprobantur atque si a Caesare gesta essent ita sunt*, d. h. der Bevollmächtigte des Kaisers handelt in äusserlich erkennbarer Weise; für die juristische Betrachtung liegt aber das Verhältniss so, als ob der Cäsar gehandelt hätte, oder m. a. W. vom Rechtsstandpunkte aus hat der Cäsar selbst durch den *procurator* gehandelt.
3. 14 § 3 D. 13, 5. *Constituere possumus et per nuntium et per nosmet ipsos.*
4. 15 D. eodem: *Et licet libera persona sit, per quam tibi*

constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.

Das Subject der hier in Frage stehenden juristischen Handlung, des constituere, ist eine von demjenigen verschiedene Person, der den äusseren Akt des constituere vornimmt. Die 14 § 3 cit. bietet für die Sprachweise der römischen Juristen überdies noch die interessante Aufklärung, dass die Verbindung des eine Thätigkeit bezeichnenden Zeitwortes mit einer Person durch die Präposition „per“ diese Person als das Subject der Handlung anzeigt. Denn als Subject des Satzes ist dasselbe gedacht, sowohl für die Thätigkeit per nuntium als für die per nosmet ipsos. Diese Verbindung wiederholt sich fast ausnahmslos überall da, wo von einem Handeln „per nuntium“ die Rede ist; vgl. 33 D. 17, 2: „emere per nuntium“; 4 pr. D. eodem: „coire societatem per nuntium“; 2 D. 2, 14: „convenire per nuntium“; 27 D. 4, 8: „diem proferre arbiter per nuntium potest“; 1 § 2 D. 11, 6: „qui per alios renunciavit vel per literas“; 1 § 1 D. 15, 4: „sive per nuntium iusserit“; 1 § 1 D. 17, 1: „ideo per nuntium mandatum suscipi potest“; 1 § 2 D. 18, 1: „emptio per nuntium contrahi potest“; 18 D. 23, 1: „In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram an per internuntium . . . . . hoc factum est.“

Aus dieser Konstanz der Ausdrucksweise in Fällen, welche von der herrschenden Lehre unstreitig so verstanden werden, dass nicht der nuntius, sondern derjenige als das juristisch handelnde Subject gilt, von dem gesagt ist, er handle per nuntium, darf mit Recht der Schluss gezogen werden, dass die Quellen auch da, wo sie nicht ein Handeln „per nuntium“, sondern im Allgemeinen „per aliquem“ beschreiben, als das juristische Subject der Handlung denjenigen erachten oder doch erachten können, von dem sie aussagen, er handle per aliquem. Hiefür finden sich denn auch zahlreiche Belege, von denen eine Anzahl hier folgen mag:

per alium societatem administrare (16 D. 17, 2).

renunciare societati per alium (65 § 7 D. eod.).

domini neque per se neque per procuratorem possunt saltem criminosos servos vendere (42 D. 18, 1).

Non licet ex officio quod administrat quis emere quid vel per se, vel per aliam personam (46 D. 18, 1).

curatores sibi ipsi minores petunt, si quidem adsunt per se ipsos, si vero eorum quis peregre sit, potest per procuratorem (2 § 4 D. 26, 6).

postulare tutorem videtur et qui per alium hoc idem fecit (2 D. 27, 7).

absens quoque per procuratorem causam probare poterit (15 § 3 D. 40, 2).

si quis . . . . per procuratorem prohibuerit . . . recte videtur prohibuisse (3 p. D. 43, 24).

sed et si per procuratorem denunciaverit (18 § 4 D. 48, 5).

nec interest an per se mandavit accusationem an per alium (1 § 13 D. 48, 16).

quia per filium legatione functus videtur (8 D. 50, 7).

adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium (3 § 7 D. 37, 1).

. . . dominus emere non prohibetur vel per se vel per alios, quibus hoc mandaverit (11 § 4 D. 39, 4).

emere sic accipiemus, etiamsi per alium quis emerit, utputa procuratorem (22 § 1 D. 40, 12).

quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam (77 D. 6, 1).

per quem possessionem retinemus (25 § 1 D. 41, 2).

si per impuberem contraxerit (3 § 11 D. 4, 4).

si per procuratorem scientem quis emerit (22 § 5 D. 40, 12).

sive per se, sive per curatorem — vel aliam personam arrhas acceperit (5 C. 5, 1).

sive per alias personas . . . . . suas pecunias percipere (11 C. 5, 14).

quod per procuratorem emisti (2 C. 7, 32).

per eos comparasse te (7 C. 4, 50).

per mediam personam veluti per nuntium talis contractus perfici posset (9 C. 4, 50).

per uxorem suam comparaverit (11 C. 8, 44).

(Vgl. noch 41 D. 41, 3. 10 p; 20 § 2; 53 D. 41, 1 ;  
120 § 2 D. 45, 1.)



Wenn nun aus diesen Belegen hervorgeht, dass den Quellen sprachlich geläufig war, einen andern als denjenigen, der den Thatbestand einer Handlung äusserlich herstellt, den Handelnden zu nennen, so erübrigt nur noch die Frage, ob und in welchem Umfange sie die der Handlung zukommende Rechtswirkung in der Person desjenigen eintreten liessen, der per alium, d. i. durch Vermittlung eines Andern gehandelt hat.

Diese Untersuchung bildet die nächste Aufgabe.

## II. Nachweis der Stellvertretung im römischen Rechte.

Ein allgemeiner Satz des Inhalts, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Rechtswirkungen der per alium vollzogenen Handlung in der Person desjenigen eintreten, der per alium gehandelt hat, findet sich in den Quellen so wenig, wie das Gegentheil. Dagegen assen sich nicht wenige Entscheidungen einzelner Fälle feststellen, in denen dieser allgemeine Satz zur konkreten Anwendung gelangt.

Zunächst führe ich zum Belege an 5 § 18 D. 14, 3:

Sed et si procurator meus . . . . . institorem praeaposuerit dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.

Denn wenn wie hier der Jurist entscheidet, dass die praepositio institoris durch einen procurator für den dominus negotii die Wirkung äussere, dass der mit dem so bestellten institor kontrahirende Dritte gegen den dominus sich der actio institoria bedienen könne, so ist dies nur ein anderer Ausdruck für den Satz: die durch einen Prokurator vorgenommene praepositio habe Wirkung gegen den dominus, nicht gegen den procurator, weil ja unzweifelhaft die charakteristische Rechtswirkung der praepositio gerade in der Begründung der actio institoria besteht.

In Uebereinstimmung mit diesem Satz gewährt 7 pr. D. eod. die actio institoria gegen den dominus auch dann, wenn die praepositio von einem negotiorum gestor ausging und der dominus ratihabirte.

Man möchte vielleicht zur Abschwächung des so gewonnenen Resultates auf 6 D. eod. verweisen:

Sed et in ipsum procuratorem si omnium rerum procurator est dari debet institoria,  
weil hier ausgesprochen scheint, dass die Wirkung der praepositio durch einen procurator auch gegen diesen selbst eintritt.

Allein abgesehen davon, dass sich dies aus der allgemeinen Defensionspflicht des procurator omnium bonorum erklären lässt, welche eine Eigenthümlichkeit des römischen Zivilprozesses war (vgl. Vat fr. § 330; 33 § 3 D. 3, 3), bleibt jedenfalls uneingeschränkt wahr, dass die praepositio institoris durch einen procurator unius rei oder durch einen negotiorum gestor direkte Wirkung gegen den dominus äussere.

Da die praepositio eine Willensäusserung vorstellt, welche Rechtswirkungen hat und auf solche abzielt, so ist sie ohne Zweifel ein Rechtsgeschäft und für das hier zu untersuchende Verhältniss erscheint es gleichgiltig, dass die Wirkung dieses Rechtsgeschäfts nicht unmittelbar, sondern erst durch Vermittlung einer institorischen Verpflichtung eine actio gegen den dominus erzeugt.

Was für die praepositio institoris gilt, darf ohne Zweifel auf die praepositio magistri navis ausgedehnt werden, obwohl dies nicht ausdrücklich anerkannt ist, wegen völliger Gleichheit des Grundes; um so mehr, als für ein anderes der praepositio analoges einseitiges Rechtsgeschäft — den iussus — wiederum ausdrücklich entschieden ist, dass der iussus eines verus procurator den dominus mit actio quod iussu haftbar mache (I § 9 D. 15, 4).

Nach dem SC. Plancianum hatte die geschiedene Frau, welche sich schwanger fühlte, dem Manne intra tempus ihren Zustand anzuzeigen und Pflicht des Mannes war es, auf diese Anzeige sich über die Vaterschaft bestimmt zu äussern

(denuntiare se praegnatem esse — eam non esse praegnatem).

Dass diese Erklärungen durch Dritte Namens der Frau und des Mannes rechtswirksam erfolgen konnten, bezeugen I §§ 1, 3, 4, D. 25, 3.

Die nominatio tutoris war eine Handlung, welche für den Nominator die subsidiäre Haftung ex administratione tutoris im

Gefolge hatte (4 C. 5, 75). Diese *nominatio* konnte durch Stellvertreter wirksam geschehen (2 D. 27, 7).

Die Erfüllung einer letztwillig gesetzten Bedingung (*conditionis implendae gratia dare facere*) war mit Wirkung für den bedingt Bedachten durch einen Stellvertreter zulässig (28 D. 28, 7).

Zweifellos ist ferner die Zulässigkeit der *operis novi nunciatio alieno nomine* (1 § 3; 20 D. 39, 1). Wenn dieselbe im klaren Bewusstsein des Grundsatzes: *quod per liberam personam actio adquiri non solet* anerkannt wird, so könnte nichts schlagender für die Vertrautheit des römischen Rechtes mit dem Stellvertretungsgedanken sprechen; — denn *acquirere actionem per liberam personam* und Stellvertretung im Rechtsgeschäfte muss auch heute noch ebenso unterschieden werden, wie im römischen Rechte.

Das Gleiche gilt von der *prohibitio*, welche die Voraussetzung des *interdictum quod vi aut clam* bildet. Denn auch sie kann ebenso wirksam vom Stellvertreter, wie vom Berechtigten selbst ausgehen. Die *causae probatio absentis nomine* kann wirksam für den absens durch einen *procurator* geschehen (15 § 3 D. 40, 2).

Die *manumissio vindicta*, deren Wirkung nicht nur in dem Erwerb der Freiheit für den *manumissus*, sondern auch in der Begründung des *Patronatus* für den *manumissor* besteht, wird — obgleich *legis actio* — unter Umständen gültig durch Stellvertreter vorgenommen (22 D. 40, 2). Diese Stelle ist noch von einem allgemeineren Gesichtspunkte aus von Belang, indem sie ausdrücklich hervorhebt, dass nicht der Stellvertreter, sondern der Prinzipal der juristisch Handelnde sei:

Pater ex provincia ad filium sciens Romae agentem epistulam fecit, quae permisit ei, quem vellet ex servis quos in ministerio secum hic habebat vindicta liberare; postquam filius Stichum manumisit apud praetorem quaero, an fecerit liberum. Respondi: quare non hoc concessum credamus patri, ut permittere possit filio ex his, quos in ministerio haberet, manumittere. Solam enim electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit.

Der Vater gilt demnach als *manumissor*, obgleich er nur die Vollmacht zur *Manumission* ertheilt, obgleich der Sohn den äussern Akt der *Manumission* vorgenommen (postquam manu-

misit . . . . quare . . . . manumittere . . . .), obgleich der Willensentschluss zur Manumission vom Sohne ausging (quem vellet . . . . liberare), mit Einem Worte, obgleich alle Erfordernisse in der Person des Sohnes zusammentreffen, welche für den modernen Stellvertreter insgesamt als charakteristisch hervorgehoben zu werden pflegen. (Vgl. auch *Windscheid* Pand. § 73 Note 13.)

Gegen die Beweiskraft der allegirten Digestenstelle lässt sich wohl kaum mit Erfolg einwenden, dass nach dem späteren Kaiserrechte für die Manumission per vindictam von Seite des Manumittenten Schweigen genügt habe. Denn wenn auch die feierliche vindictio in libertatem allmählig ausser Gebrauch kam und durch einen formlosen Akt ersetzt wurde, so blieb doch immerhin eine formlose Willenserklärung des Manumittenten gegenüber dem Magistrate erforderlich, damit dieser den Sklaven freisprechen konnte, eine Willenserklärung, die nicht mehr und nicht weniger formlos war, als die für einen Konsensualvertrag nothwendige.

Diese formlose Willenserklärung war es aber gerade, welche gemäss 22 D. cit. nicht von dem manumissor selbst abgegeben werden musste. Diese Stelle zeigt überdies recht deutlich, wie die römische Sprache dasselbe Wort gleichzeitig für eine juristische Qualifizierung und für einen rein faktischen Vorgang benützt. Denn „manumittere“ wird dem Sohne und wird dem Vater als Prädikat beigelegt. An diesem Resultate ändert es gewiss nichts, wenn der Schluss der Stelle die Thätigkeit des Sohnes eine electio sola nennt. Gerade dadurch hebt der Jurist die faktische Thätigkeit des Sohnes von der juristischen des Vaters ab. Mit gleichem Grunde kann man von dem, der in Vollmacht einen Kaufkontrakt eingeht, sagen, er bethätige solam electionem rei et pretii. Nur bestätigt und bestärkt wird die Entscheidung der 22 D. cit. durch 30 § 1 D. 40, 9: Si filius meus ex voluntate mea manumiserit, an ut ingratum eum accusandi ius habeam, dubitari poterit idcirco quia non manumisi: sed pro eo habendus sum, ac si manumississem. Nicht deutlicher könnte ausgesprochen sein, dass der Vater juristisch als manumissor zu gelten habe, wenngleich er den Akt der Manumission nicht vorgenommen hat. Denn nur der manumissor hat das ius accusandi ingrati liberti. Auch ist diese Stelle ein Beleg dafür, dass 22 D. cit. nicht durch den Hinweis

auf die Möglichkeit der manumissio mittels Stillschweigens des manumissor zu erklären ist. Denn dann gebrähe es an jedem Grunde für die Zweifelsfrage *idcirco quia non manumisi* und es wäre nicht abzusehen, wesshalb in 3 Cod. 7, 1 ausgesprochen ist: *nec mulierem per maritum nec alium per procuratorem manumittere vindicta posse non est ambigui iuris*.

Die Codexstelle zeigt vielmehr, dass auch die spätere Kaiserzeit die manumissio vindicta als *legis actio* gelten liess, von der es anderwärts (123 p. D. 50, 17) heisst: *nemo alieno nomine lege agere potest*.

Die Zulassung der manumissio vindicta Namens des Vaters durch den Sohn erscheint daher als eine Ausnahme von der Regel, vermuthlich mit Rücksicht auf die alte Fiktion der Personeneinheit zwischen *pater* und *filius*.

Soweit aber die Ausnahme reicht, zeigt sie die Geläufigkeit der Auffassung, dass der Namens des Dritten Handelnde gar nicht als der juristisch Handelnde angesehen wird. Auch der Gedanke an den *favor libertatis* vermöchte an diesem Ergebniss nichts zu ändern; denn zu dessen Wahrung wäre es hinreichend gewesen, zu bestimmen, dass die manumissio gültig sei und die Patronatsrechte *per filium* dem *paterfamilias* erworben würden; es bedurfte nicht der Hervorhebung, dass der juristisch Handelnde bei solcher Manumission der *Paterfamilias* sei.

Die *denuntiatio* an die ehebrecherische Frau: „*ne nuberet*“, welche die Zulässigkeit der *accusatio* gegen sie vor der gegen den Ehebrecher bildete, konnte wirksam durch einen Bevollmächtigten geschehen (18 [17] D. 48, 5).

Die Interpellation des Schuldners, die Voraussetzung für die *mora debitoris*, kann mit Wirkung für den Gläubiger durch einen *procurator* geschehen. Dies wird in 24 § 2 D. 22, 1 ausgesprochen unter Hinweis auf den Satz: *per liberam personam non adquiri* und mit der Motivirung, dass hier ein *adquirere per liberam personam* nicht, sondern lediglich ein *ministerium praestare* gegeben sei. Diese *praestatio ministerii* kann unmöglich in derjenigen Botenthätigkeit gelegen sein, welche die herrschende Meinung der Stellvertretung gegenüber hält und die sich von der letzteren durch die Unselbst-

ständigkeit des Handelns unterscheidet. Denn die herrschende Meinung leugnet nicht, sondern setzt voraus, dass der procurator nicht nuntius sei, dass er vollständig selbstständige Entschlüsse fasse und Handlungen vornehme und dass er nur die Wirkungen seiner Handlungen auf den dominus zu übertragen verpflichtet und bzw. berechtigt wäre. Man muss also in concreto annehmen, der Entschluss zur Interpellation des Schuldners sei ein selbstständiger Entschluss des procurator; ferner muss man aber auch zugeben, dass der procurator bei Vornahme der Interpellation im Namen, d. h. unter Bezugnahme auf den dominus gehandelt habe; da andernfalls der Schuldner ja gar nicht wissen konnte, um welcher Schuld willen er interpelliert sei, m. a. W. es treffen alle Voraussetzungen der sog. modernen Stellvertretung zu.

Der Erbschaftsantritt, sofern er in Gestalt der agnitio bonorum possessionis geschieht, vollzieht sich wirksam durch Stellvertreter. 48 D. 29. 2: Si quis alicui mandaverit ut si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem et posteaquam ille petit furere coeperit nihilominus adquisita est ei bonorum possessio. — Quod si antequam petat is qui mandavit petendam furere coeperit dicendum est non statim ei adquisitam bonorum possessionem; igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari. 3 § 7 D. 37, 1: Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium. Quod si me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habeam id quod actum est. Auch hier zeigt sich deutlich, dass die bloße Botenthätigkeit ausgeschlossen ist. Denn sonst würde in 48 D. cit. nicht der selbstständigen Entscheidung des Dritten das ganze Rechtsgeschäft überlassen sein können („si aestimaverit“); sodann dass in der Person des Prinzipals allein die Wirkungen der Handlung des Dritten eintreten und zwar, da die bonorum possessio Universalsuccession begründet, sowohl die berechtigenden als die verpflichtenden Wirkungen.

Man könnte vielleicht einwenden, es sei nur ein Anwendungsfall der auch von der herrschenden Lehre anerkannten Ausnahme gegeben, wonach Stellvertretung im Erwerb der possessio schon im römischen Rechte möglich war. Dagegen ist doch zu sagen,

dass die bonorum possessio von der possessio nicht mehr als den Namen hat, dass es sich bei ihr nicht um Herstellung des corpus possessionis, sondern um die Abgabe einer Willensäußerung (agnitio petitio) handelt, welche den Erbschaftserwerb nicht ex decreto, sondern ex edicto, also ohne Weiteres und sine causae cognitione zur Folge hat.

Die bisher betrachteten Fälle, in welchen das römische Recht ohne Zweifel die Stellvertretung anerkennt, umfassen nur einseitige Willenserklärungen oder einseitige Rechtsgeschäfte. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass in diesen Fällen aus speziellen Ursachen die Stellvertretung zugelassen war. Sie sind auch zu vielartig, um dieser Vermuthung Raum zu lassen. Sie drängen uns daher zu dem Ergebniss:

„Im einseitigen Rechtsgeschäfte war überhaupt dem römischen Rechte die Stellvertretung bekannt.“

Ist dies richtig, so kann die herrschende Lehre, wornach dem römischen Rechte die direkte Stellvertretung in Rechtsgeschäften prinzipiell fremd gewesen sein soll, ein gut Theil ihres Terrains nicht ferner behaupten.

Zugleich muss aber die Zulässigkeit der Stellvertretung in einseitigen Rechtsgeschäften die Frage nahe legen, ob in Wahrheit in zweiseitigen Rechtsgeschäften die Möglichkeit der Stellvertretung ausgeschlossen war. Denn, da das einseitige Rechtsgeschäft aus einer Willenserklärung, das zweiseitige aus zweien Willenserklärungen besteht, so lässt sich a priori nicht verstehen, aus welchen Gründen bei diesem unmöglich gewesen sei, was bei jenem möglich war.

Die Ausbeute, welche die Quellen für die aufgeworfene Frage ergeben, soll im Folgenden dargestellt werden:

1. 64 D. 17, 2. Quotiens iussu alicuius cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

Soweit die Stelle die Wirkung der iussu alicuius kontrahirten societas für den Fall betrachtet, dass mit dem filius des Iubenten kontrahirt wurde, bietet sie auch nach der herrschenden Lehre nichts Besonderes, weil der iussu patris mit dem filius Kontrahirende die actio quod iussu gegen den pater iubens aus dem Kontrakte als actio adiecticiae qualitatis erwirbt. (1 pr. D. 15, 4.)

Dagegen kann die Stelle, soweit sie voraussetzt, dass *iussu alicuius cum extraneo* kontrahirt wurde, durch die Grundsätze der *actio quod iussu* nicht erklärt werden, da diese ein Subjektionsverhältniss zwischen dem Jubenten und demjenigen erheischt, mit welchem auf den *iussus* hin kontrahirt wurde, mag man unter *iussus* die Ermächtigung eines Dritten zum Kontrahiren mit dem *extraneus* oder — was gemäss I § 3 D. 15, 4 möglich ist und in concreto angemessener erscheint — die Vollmacht oder das Mandat des Jubenten an den *extraneus* verstehen.

In beiden Fällen muss angenommen werden, dass der *extraneus* oder andere Kontrahent auf den *iussus* Bezug genommen habe. Denn ohne dies würde es dem Satze: „*cuius persona . . . . . spectata sit*“ an der nöthigen Beziehung fehlen. Die Wirkungen dieses *iussus* bestehen nun aber darin, dass unmittelbar gegen denjenigen *actio pro socio* begründet ist, für welchen der *extraneus* die Societät einging, m. a. W. als *socius* erscheint nicht der *extraneus*, der den äussern Thatbestand des Societätskontraktes herstellte, sondern der Jubent, für welchen und mit Bezug auf welchen er dies gethan hat.

Diese Erklärung der Stelle stimmt allerdings weder mit der Ansicht der Glosse noch mit jener der Neueren überein. Die Glosse fasst nämlich als denjenigen, *cuius persona in contrahenda societate spectata est*, den *extraneus* auf und nimmt demzufolge an, es werde gegen diesen die *actio pro socio* dem andern Kontrahenten *directo modo* eingeräumt, während gegen den Jubenten die *condictio certi* gemäss § 8 J. 4, 7 zustehe. Dem widerstreitet jedoch nicht nur der Umstand, dass gerade die Eigenthümlichkeit des *iussus* in der Möglichkeit besteht, gegen den Jubenten (*pater dominusve*) *directo* zu klagen (§ 8 J. cit.), sondern auch die Erwägung, dass — wenn der *extraneus* als *socius* zu erachten wäre — in der Gewährung der *actio pro socio* gegen ihn eine für die Entscheidung eines römischen Juristen viel zu grosse Trivialität gelegen wäre.

Die Neueren haben denn auch die Ansicht der Glosse sich nicht angeeignet, sondern die sich für die herrschende Lehre



darbietende Schwierigkeit auf eine doppelte Art zu heben versucht (cf. *Vangerow* Pand. III S. 290 und *Mandry* das gemeine Familiengüterrecht Bd. II S. 340 Note 16): Entweder müsse der extraneus als nuntius aufgefasst werden, dann sei unter der „directo agi posse“ die actio pro socio zu verstehen, oder man habe den extraneus zwar als procurator, die actio aber als mandati actio zu denken. Aber keines von beiden verträgt sich mit dem Wort oder der Konstruktion. Gegen die Annahme, der extraneus habe die Funktion eines nuntius, spricht vor Allem der sonstige Sprachgebrauch der Quellen, dem es allein gemäss wäre, wenn der Eingang lauten würde: Quotiens iussu alicuius per filium eius vel per nuntium societas coitur; sodann die Selbstverständlichkeit des Ausschlusses einer actio pro socio gegen den nuntius. Da nämlich auch nach der herrschenden Ansicht bei Verwendung eines nuntius Rechtswirkungen aus dem per nuntium vermittelten Geschäfte für oder gegen den nuntius schon nach römischem Rechte nicht eintreten und diese Ansicht unwiderleglich ist, so wäre nicht einzusehen, was *Labeo* veranlasst haben könnte, diesen Satz besonders hervorzuheben.

Ebensowenig haltbar erscheint die Erklärung, der actio als actio mandati. Müsste es schon auffallen, dass im Titel pro socio ein Fall zur Entscheidung käme, in welchem lediglich die Grundsätze des Mandats den Gegenstand der Entscheidung bilden, so wäre noch schwieriger aufzuklären, welche Art von actio mandati *Labeo* gemeint haben könnte.

Nimmt man das iussum als Mandat an den Dritten zur Eingehung einer societas mit dem extraneus, so wäre actio mandati directa denkbar für den Mandanten gegen den dritten Kontrahenten auf Herausgabe des Gesellschaftsgewinnes. Dann wäre aber die Bezeichnung des Mandatars als illius persona etc. unmöglich, nicht bloß wegen des Ungewöhnlichen der Ausdrucksweise, sondern insbesondere deshalb, weil der Mandant in contrahenda societate nicht betheiligt erschiene, also auch nicht auf irgend welche persona in contrahenda societate hätte abzielen können.

Mandati actio contraria wäre denkbar für den extraneus gegen den Mandanten auf Ersatz des durch die Gesellschaft

erlittenen Verlustes. Allein es würde gewiss kein römischer Jurist die *mandati actio contraria* durch die Worte *directo agi* umschrieben haben, und ausserdem würde auch hier die *persona eius cuius persona in contrahenda societate spectata est* ermangeln.

In beiden Fällen wäre überdies jede Andeutung über das Ziel der *actio mandati* zu vermissen.

Die gleichen Bedenken ergeben sich *mutatis mutandis* leicht, wenn die *actio mandati directa* oder *contraria* als begründet zwischen *extraneus* und *iubens* angenommen werden will. Neuerdings sucht *Mandry* (a. a. O.) unsere Stelle dadurch mit dem angeblichen Prinzip des römischen Rechts zu vereinigen, dass er die Begründung der Societät (*socium esse*) für den Jubenten „zunächst“ [?] als eine Thatsache (wie die *possessio*) auffasst, aus der möglicherweise Forderungen entstehen, die dann selbstverständlich gegen den zum *socius* gewordenen Jubenten direkt geltend gemacht werden können, eine Erklärung, die den Worten offene Gewalt anthut!

2. 63 p. D. 18, 1: *Cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset, quam cui iussus erat venditio non valet. Idem iuris in libera persona est: cum perfici venditio non potuit in eius persona cui dominus venire eam noluit.*

Wenn hier die *venditio* um desswillen für unwirksam (ungiltig) erklärt ist, weil sie von dem Mandatar im Widerspruch mit dem Inhalt des Mandats vorgenommen wurde, so ergibt sich als das unvermeidliche *argumentum e contrario*, dass die *venditio* giltig wäre, wenn sie im Einklang mit dem Inhalte des Mandats vorgenommen worden wäre.

Dass die in der Stelle ausgesprochene Ungiltigkeit und bzw. die aus dem *argumentum e contrario* sich ergebende Giltigkeit im entgegengesetzten Falle nur zwischen dem *emtor* und dem *dominus* statthaben könne, kann nicht zweifelhaft sein. Denn, würde der Mandatar nicht Namens des Mandanten die *venditio* vorgenommen haben, so wäre er aus dem Kontrakte dem *emtor* giltig verpflichtet (28 D. 18, 1) und könnte nicht gesagt werden: *venditio non valet*.

Handelt es sich aber lediglich um die Frage der Giltigkeit der venditio zwischen emtor und dominus bzw. Mandanten, so spricht die Stelle per argumentum e contrario den Satz aus: Wenn Jemand Namens und in Vollmacht eines Dritten einen Kaufvertrag abschliesst, so bindet dieser Vertrag den Vollmachtgeber (vgl. noch unten S. 68 u. 69 zu 16 C. 5, 16 und 9 C. eod.). Gegen dieses Resultat könnte vielleicht eingewendet werden, dass der Begriff venditio in der Stelle synonym sei mit alienatio und daher nicht die Giltigkeit des Kontraktes, sondern die des Eigenthumsüberganges in Frage sei.

So unbestreitbar venditio diese Bedeutung in den Quellen hat, so fest steht auch die Bedeutung „Kaufskontakt“ (v. *Dirksen*, *Manuale* s. v. venditio). In der Stelle liegt kein Grund, die erstere Bedeutung anzunehmen. Im Gegentheil spricht die Verbindung: venditio valet und perfici venditio dafür, dass venditio den Kontrakt bezeichnet (Arg. 38 D. 18, 1; 35 §§ 5. 6 D. eod; 1 C. 4, 48; 16 C. 4, 49; 3 C. 4, 51; 24 p. C. 8, 44).

3. 21 p. D. 20, 1. Si inter colonum et procuratorem meum convenierit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante quasi inter me et colonum meum convenisse videtur.

Der Sinn dieser Stelle ist an sich völlig klar. Sie enthält den Satz: „Wenn Jemand Namens und in Vollmacht eines Dritten, oder mit dessen nachträglicher Genehmigung einen contractus pignericus abschliesst, so gilt der Kontrakt als zwischen dem Dritten und dem Pfandschuldner abgeschlossen.“ Ueber diesen klaren Sinn besteht auch kein Streit. Dagegen pflegt man sich zur Entkräftung dieser Stelle auf 11 § 6 D. 13, 7 zu berufen, welche einen direkten Widerspruch enthalten soll, der durch 2 C. 4, 27 unterstützt werde. Die Widerlegung dieser Meinung wird sich an späterer Stelle begründen lassen (s. unter S. 76 f). Gegen die Erklärung der Stelle durch die Unterstellung, der procurator sei hier nur nuntius (*Zimmermann*, die stellvertretende negotiorum gestio S. 312), spricht zunächst der Sprachgebrauch der Quellen, welche den procurator und nuntius niemals identi-

fiziren, sodann die Ausdrucksweise der Stelle selbst, welche den Fall der *Ratihabition* dem der Bevollmächtigung gleichsetzt. Denn im Falle der *Ratihabition* kann der Unbevollmächtigte wenigstens nicht als *nuntius* im engern Sinne thätig sein. Auch dafür bietet die Stelle keinerlei Anhalt, dass etwa lediglich eine Vereinbarung über Begründung des *interdictum Salvianum* gemeint sei (*Bachofen* Pfandrecht S. 17), also eine Vereinbarung über ein *interdictum adipiscendae possessionis*, so dass man etwa mit der ausnahmsweise zugelassenen Stellvertretung im Besitzerwerb operiren könnte. Denn einmal fehlt der Nachweis, dass *convenire de pignore* die angegebene Bedeutung habe, sodann befasst sich der ganze Titel *de pignoribus et hypothecis* grundsätzlich mit Fällen der eigentlichen Pfandobligation. Aber auch für den Fall der Richtigkeit jener Annahme würde die Bedeutung der Stelle nicht vermindert werden, da sie auch dann den Gedanken zum Ausdruck brächte: „quasi inter me et colonum meum *convenisse videtur*.“ (Vgl. auch *Dernburg* — Pfandrecht Bd. I S. 204 ff. —, der in 31 p. D. 20, 1 die Stellvertretung beim Pfandkontrakt durch einen speziell instruirten Vertreter zugelassen findet, während er auf Grund 11 § 6 D. 13, 7 die Stellvertretung durch einen Generalbevollmächtigten im römischen Rechte für unzulässig erklärt.)

4. 10 D. 23, 1. In sponsalibus constituendis parvi refert per se et coram an per internuntium vel per epistolam, an per alium hoc factum est.

Hier schliesst schon die Gegenüberstellung der Worte *internuntium* . . . an per alium die Möglichkeit der Annahme aus, dass der *alius* als *nuntius* zu denken sei. Zugleich genügt die Natur des hier in Frage stehenden Rechtsgeschäftes — der Verlobung — zu dem Schlusse, dass Verlobter nicht der *alius*, sondern derjenige sei, der per alium die Sponsalien schliesst. Denn sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum, also ein Rechtsgeschäft von so rein persönlichem Charakter, dass eine Begründung seiner Wirkungen, — des Verlobtseins in der Person des *alius* ganz undenkbar ist.

Dass die Verlobung nicht bloss durch *nuntii*, sondern auch durch Stellvertreter geschehen könne, ergibt sich noch deutlicher aus 4 § 1 und 5 D. 23, 1: *Denique constat et absenti absentem*

desponderi posse et hoc cottidie fieri . . . . (§ 5) haec ita si scientibus his qui absint, sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.

Die Quellen ergeben demnach den weiteren Satz: Wenn Jemand Namens und in Vollmacht oder mit Genehmigung eines Dritten einen Verlöbnißvertrag abschliesst, so ist der Dritte hiedurch gebunden und berechtigt. (Diess wird von *Sintenis*, Civilrecht, dritte Aufl. Bd. I § 17 Note 52 als Ausnahme zugegeben.)

5. 6 § 1 D. 43, 26: Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit ego praecario habere proprie dicor, d. h.: Wenn Jemand Namens und in Vollmacht oder mit Genehmigung eines Dritten ein precarium kontrahirt, so erscheint als der durch das precarium Verpflichtete der Dritte.

Man kommt über diese Stelle nicht mit der Behauptung hinweg, das rogare precario sei kein Rechtsgeschäft. Denn die rogatio ist eine Willensäusserung, welche auf Begründung des prekaristischen Besitzes abzielt und durch Konsens des precario dans den prekaristischen Besitz bewirkt; mithin trägt sie alle Erfordernisse des Rechtsgeschäftes und zwar des zweiseitigen an sich (vgl. auch 2 § 2; 8 p; 9; 13 D. 43, 26; 15 D. 16, 3; 29, D. 13, 7 und insbesondere 23 D. 50, 17: contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam dolum tantum depositum et precarium . . .). Auch die Doktrin fasst die precarii rogatio als Kontrakt auf (vgl. v. *Windscheid's* Pand. § 376. *Vangerow* Pand. III S. 610, auch *Brinz* Pand. 1. Aufl. I S. 594 Z. 5 ff. v. o.). Wenn neuerdings *Brinz* den Kontraktscharakter der precarii rogatio leugnet (Pand. 2. Aufl. I S. 754) trotz der in 2 § 2 D. 43, 26 dem precario dans gewährten actio praescriptis verbis, so scheint mir dies mit Hinweis auf 10 D. 19, 5 nicht hinreichend begründet. Denn die in jener Stelle behandelte actio praescriptis verbis schliesst die Voraussetzung eines Innominatkontraktes (do ut reddas) nicht aus, so wenig wie 9 und 22 C. 8, 54, auf welche *Brinz* gleichfalls verweist, um darzuthun, dass praescriptis verbis actio auch ohne vertragsmässige Obligirung vorgekommen sei (Pand. a. a. O. Note 26).

6. 1 p. D. 1, 19: Quae acta gesta que sunt a procuratore Caesaris si ab eo comprobantur atque si a Caesare gesta essent ita sunt.

spricht allgemein aus: dass der Kaiser von seinem Prokurator vollwirksam vertreten werde.

7. 9 § 8 D. 12, 1: . . . Julianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederō, tibi acquiritur obligatio.

2 § 4 D. eodem: . . . id enim tale est quale si voluntate mea tu des pecuniam nam mihi acquiritur actio licet nummi mei non fuerint.

Die actio, welche durch das Darlehen einer Geldsumme Namens und in Vollmacht eines Dritten für diesen begründet wird, ist die *condictio mutui*, deren Voraussetzung die Existenz eines Darlehenskontraktes bildet. Für diesen genügt nicht die Thatsache der Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Gebers; vielmehr wird weiter der Darlehenskonsens zwischen Gläubiger und Schuldner erfordert (cf. 32 D. 12, 1: „hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest“ und 18 eod.

Vergleicht man hiezu das in 7 C. 4, 2 ausgesprochene Prinzip:

Non unde originem pecunia quae mutuo datur habet sed qui contraxit si ut propriam numeravit, in huius modi obligationibus requiritur,

so ist die Schlussfolgerung geboten, in 9 § 8 D. cit. als den, qui contraxit denjenigen gelten zu lassen, cuius nomine et voluntate pecunia data est, oder m. a. W. den Satz anzuerkennen: Wenn Jemand Namens und in Vollmacht eines Dritten einen Darlehenskontrakt abschliesst, so wird hieraus dieser Dritte berechtigt (cf. 26 D. 12, 1; 120 § 2; D. 45, 1.

8. 14 § 3 D. 13, 5: Constituere autem et praesentes et absentes possumus sicut pacisci et per nuntium et per nosmet ipsos et quibuscumque verbis.

15 D. eod.: Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum quod per liberam per-

sonam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.

Diese Stelle nur auf ein constituere per nuntium zu deuten, geht nicht an. Denn das ministerium praestare der libera persona liegt, wenn quibuscumque verbi konstituiert werden konnte, vor, mag sie sagen:

Titius centum quae tibi ex emto debet solvet,  
oder:

Nomine Titii centum quae tibi ex emto debet soluturum eum tibi constituo.

Auch pflegen die Quellen, wo sie vom nuntius sprechen, nicht hervorzuheben, dass hier nicht eine acquirere per liberam personam vorliege. Der Gegensatz, in welchem die Worte ministerium tantummodo praestare videtur gestellt sind, besteht überhaupt nach dem ganzen Inhalt der 15 cit. nicht in der selbstständigen Entschliessung des Stellvertreters, sondern in dem acquirere per liberam personam, also in einem Vorgange, der nicht Stellvertretung, sondern Verträge zu Gunsten Dritter bedeutet (vgl. §§ 4 u. 5 eod.). Trifft die Interpretation der angeführten Stellen zu, so enthalten sie den Satz: Wenn Jemand Namens und in Vollmacht eines Dritten dessen Gläubiger ein debitum konstituiert, so ist der Dritte ex constituto verpflichtet.

Eine andere Frage ist es, ob auch auf der Gläubigerseite der Abschluss des constitutum durch einen Dritten Namens des Gläubigers wirksam geschehen konnte. Auch diese Frage wird zu bejahen sein und zwar auf Grund von:

5 § 6 D. 13, 5: Julianus . . . scribit procuratori constitui posse, quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.

Der Sinn dieser Julianischen Entscheidung ist folgender: Der Prokurator des Gläubigers kann beim Abschluss des constitutum den Gläubiger ersetzen in der Art, dass die äussere Handlung, die Entgegennahme und Acceptation des schuldnerischen constituere von dem Prokurator, nicht von dem dominus geschieht. Denn der Satz, dass der Schuldner wirksam dem Prokurator versprechen kann, diesem zu zahlen, bedurfte nicht erst der in-

interpretatio des Pomponius, weil er schon aus der einfachen Regel folgte: . . . quod tibi debetur si mihi constituatur debetur (5 § 2 D. eodem).

Nicht dagegen spricht 5 § 9 D. eodem: Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur: municipibus solvi, vel pupillo, vel furioso vel adulescenti utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem.

Denn es ist wohl erklärlich, dass der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person oder eines Handlungsunfähigen, bzw. beschränkt Handlungsfähigen mit dem freiwilligen Vertreter (in § 6 I. c.) nicht ohne Weiteres in eine Linie gestellt wird und für ihn nur utilitatis gratia dasselbe gilt, wie für diesen. Der freiwillige Vertreter hat hinter sich die Vollmacht, d. h. den Willen des Vertretenen und bringt diesen zum Ausdruck, indem er handelt. Der gesetzliche Vertreter hingegen gilt nur als Willensrepräsentant des Vertretenen kraft positiver Vorschrift, kraft einer Fiktion, da der von ihm Vertretene einen eigenen Willen gar nicht haben kann.

9. 1 § 11 D. 16, 3: Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur et putat tecum mandati, cum eo vero qui eas res receperit depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi quam actionem mihi praestabis mandati indicio conventus.

Die herrschende Meinung setzt sich über diese Stelle einfach mit der Erklärung hinweg, dass sie von einem Falle der Botschaft, nicht der Stellvertretung verstanden werden müsse, ohne jedoch diese Erklärung näher zu begründen. Tritt man der Stelle näher, so ergibt sich vor Allem, dass mit keinem Worte das Botenverhältniss angedeutet ist, dass im Gegentheil die Entscheidung „tecum mandati“ den perferens als vollkommenen Mandatar erscheinen lässt. In der Person des perferens aber etwa zwei Funktionen, die des „nuntius quoad pactum ut is eam servet“ und die des Mandatars quoad perferre zu unterscheiden, geht, abgesehen davon, dass sich diese Doppelfunktion gar nicht



logisch rechtfertigen liesse, wegen des Mangels jeder Unterscheidung in der Stelle keinesfalls an.

Die Worte „ut is eam servet“ können im Zusammenhalte mit „ut . . . perferas“ und mit „cum eo . . . depositi“ nur den Auftrag zum Abschluss eines Depositavertrages Namens des Dritten bedeuten. Dies wird durch den zweiten Satz der Stelle, welcher als Gegensatz in dem ersten Satze ein *meo nomine recipere* unterstellt, noch klarer. Der zweite Satz zeigt insbesondere auch, dass dem Mandatar die Wahl gelassen war, ob er *meo* oder *tuo nomine* deponiren wolle, eine Wahl, die dem *nuntius* nach Auffassung der herrschenden Lehre unmöglich zustehen konnte. Auch pflegen die Quellen sich der Wendung *nomine alicuius agere* nicht zu bedienen, wenn sie eine Botenthätigkeit bezeichnen. Zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht darf noch auf 10 C. 5, 16 verwiesen werden:

*Etiam si uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potest etsi donare te uxori res tuas ex hoc quis intelligat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem exceptit irrita sit.*

Durch diese Konstitution wird einmal das deponere alieno nomine ganz unbefangen als möglich vorausgesetzt, sodann mit Rücksicht auf das Schenkungsverbot zwischen Ehegatten nur der Eigenthumsübergang des Deponirten an die Frau verneint, während die Giltigkeit des Depositavertrages *nomine uxoris* gar keinem Zweifel unterzogen wird.

So gelangt man aus 1 § 11 D. cit. zu dem Ergebniss: Wenn Jemand Namens und in Vollmacht eines Dritten ein Depositum abschliesst, so entsteht hieraus *actio depositi* für und bezw. gegen den Dritten.

10. 67 D. 3, 3: *Procurator qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit etsi negotia gerere desierit obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur, nam procurator qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat.*

Von dem Prokurator wird dreierlei ausgesagt:

- a) Vendidit praedia, b) pro evictione fidem suam adstrinxit, c) pro domino vinculum obligationis suscepit.

Wenn dem römischen Rechte ein Verkaufen des procurator nur mit der Wirkung bekannt gewesen wäre, dass die Rechtswirkungen allein in der Person des procurator eintreten konnten, so müsste die Haftung des verkaufenden Prokurator für Eviction selbstverständlich und könnte nicht Gegenstand einer Zweifelsfrage sein und ebenso liesse sich nicht absehen, wesshalb als Voraussetzung dieser Eviktionshaftung ein adstringere fidem suam, ein suscipere pro domino vinculum obligationis aufgestellt ist.

Wenn nun die Haftung des für den dominus verkaufenden procurator wegen Eviktion nicht selbstverständlich ist, so konnte seine Haftung ex vendito überhaupt nicht selbstverständlich sein. Es muss vielmehr angenommen werden, dass diese Haftung an sich nur in der Person des dominus eintrat, falls der procurator in dessen Namen kontrahirt hatte. Sollte dennoch eine Haftung des procurator wegen Eviktion begründet werden, so konnte das nur so geschehen, dass er stipulationem duplae leistete. Denn durch Abschluss der stipulatio wurde stets der Promittent in Person obligirt; eine Stellvertretung mit direkter Wirkung auf den Vertretenen war hier allerdings, wie *Savigny* an die herrschenden Lehre einräumt, wegen der Nothwendigkeit persönlicher Gegenwart des Kontrahenten nicht möglich. Aus der stipulatio duplae bleibt der procurator dauernd obligirt, obwohl er sie nur im fremden Interesse vorgenommen hat und es steht ihm auch nach Beendigung seiner Vertretungsthätigkeit exceptio doli gegen die condictio certi ex stipulatu nicht zu. Bei dieser Interpretation gewinnt 67 D. cit. die Bedeutung eines Beleges dafür, dass die Venditio, welche durch einen Prokurator Namens des dominus kontrahirt wurde, den dominus verpflichtete, solange nicht eine stipulatio in Mitte lag.

Dieses Resultat wird befestigt durch 9 § 1 C. 4, 5:

Citra mandatum autem ab alio re distracta dominus evicta re vel ob praecedens vitium satis emptori faciens non indebitum praetendere potest, sed per huiusmodi factum ratum contractum habuisse probans a se debitum ostendit solutum,

woselbst Eviktionshaftung desjenigen, der eine in seinem Namen abgeschlossene venditio ratihabirt, als seine eigene Verpflichtung bezeichnet wird. Hiebei kann an eine adjektivische Verbindlichkeit des dominus (cf. 13 § 25 D. 19, 1) nicht gedacht werden, weil jede Andeutung nach dieser Richtung in der Stelle fehlt.

Auch 66 § 3 D. 21, 2 steht mit den bisherigen Ausführungen im Einklang:

Divisione inter coheredes facta si procurator absentis interfuit et dominus ratam habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum qui negotium absentis gessit ut quanti sua interest actor consequatur.

Es handelt sich um die Theilung einer Erbschaft unter mehreren Miterben. An Stelle eines derselben tritt nun ein unbevollmächtigter Vertreter in die Theilungsverhandlungen ein und veräussert den seinen Prinzipal treffenden Antheil an der Erbmasse. Diese Veräusserung hat Haftung für Eviktion des Veräusserten zur Folge und zwar nach der Genehmigung des Prinzipals für diesen.

Aus den Worten: quae daretur in eum etc. könnte man versucht sein, auf die adjektivische Natur der gegen den dominus gegebenen Klage zu schliessen (13 § 25 D. 19, 1). Allein dem steht entgegen, dass quasi institoria nicht eine Klage wäre, die gegen den procurator gegeben würde, sondern eine neben der gegen den procurator bestehenden Kaufsklage gegebene Klage gegen den dominus. Die actio quae daretur in eum etc. könnte aber wohl so erklärt werden, dass der Prokurator sich selbst für Eviktion haftbar erklärt, für den Fall die Ratihabition nicht erfolgen würde.

11. 7 § 3 C. 4, 26 (nach der Ausgabe von *Mommsen-Krüger*):  
Alioquin si cum libero rem eius agente cuius precibus meministi contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem nisi (vel in rem eius pecunia processit) vel hunc contractum ratum habuit.

Der hier besprochene contractus ist ein Darlehenskontrakt (cf. p. §§ 1. 2. derselben Stelle). Der Darlehensgeber soll eine Klage gegen den Prinzipal des Empfängers nicht haben, falls er den

Empfänger sich zum Schuldner machen wollte, es müsste denn sein, dass der Prinzipal nachträglich ratihabirte, oder dass das dargeliehene Geld im Nutzen des dominus verwendet wurde. Sieht man von diesen möglichen Fällen ab, so bleibt der Satz: Der Darlehensgeber hat eine Klage gegen den Prinzipal des Empfängers dann nicht, wenn er lediglich mit diesem letzteren kontrahiren wollte. Das argumentum a contrario ergibt: Wenn der Darlehensgeber mit dem Prinzipal durch den Empfänger des Geldes den Darlehenskontrakt schliessen wollte, so erlangt er hiedurch eine Klage gegen den Prinzipal.

*Zimmermann* (die stellvertretende neg. gestio S. 320, 321) nimmt an, der Darlehensgeber habe nach Inhalt der Konstitution nicht bloß den Empfänger, sondern zugleich dessen Prinzipal verpflichten wollen. Wenn daher die bei solcher Annahme vorhandene egotiorum gestio eine utilis gestio gewesen (vv.: in rem eius pecunia processit) oder die Genehmigung erfolgt sei, so stehe dem Darlehensgeber gegen den dominus negotii die actio neg. gestorum contraria zu. (Einen anderen Erklärungsversuch siehe bei *Mandry* a. a. O. II S. 335.)

Ich stehe nicht an, diese Interpretation als eine voll befriedigende zu erklären. Allein ich stimme mit *Zimmermann* darin nicht überein, dass die Worte „et eius personam elegisti“ nur eine wiederholte Hervorhebung der Thatsache bedeuten sollen, dass im gegebenen Falle mit einer libera persona — nicht mit einem servus, wie im unmittelbar vorausgehenden Paragraphen der Stelle — kontrahirt sei. Vielmehr dürfen diese Worte ohne jede Gefahr für *Zimmermann's* Interpretation in ganz wörtlichem Sinne verstanden werden, d. h. in dem Sinne, dass der Darlehensgeber lediglich den Empfänger sich zum Kontraktsschuldner machen wollte. Denn auch unter dieser Voraussetzung ist die contemplatio domini, d. i. die Absicht, durch solchen Kontrakt negotia domini zu geriren, sehr wohl möglich.

Wenn nun auch das in 7 § 3 C. 4, 26 gefundene argumentum a contrario nicht mit voller Sicherheit nachgewiesen werden kann, so folgt doch die Zulässigkeit der Stellvertretung des Darlehensschuldners beim Abschlusse des Darlehenskontraktes

auch ohne spezielle Quellenbelege aus anderen anerkannten Rechtssätzen. Wesentlich für den Darlehenskontrakt ist die Uebereignung des Objektes Seitens des Darlehensgebers an den Empfänger (2 § 2 D. 12, 1). Dass die Uebereignung in der Weise stattfinden kann, dass dem Stellvertreter des Acquirenten für diesen Seitens des bisherigen Eigenthümers tradirt wird, steht ausser Zweifel (13 p. D. 41, 1. 13 D. 39, 5). Es muss also die Möglichkeit zugegeben werden, dass der beim Darlehen nöthige Eigenthumserwerb für den Darlehensempfänger durch dessen Stellvertreter vermittelt werden kann. Zur Perfektion des Kontraktes bedürfte es also nur noch der Uebereinstimmung zwischen Schuldner und Gläubiger bezüglich der causa traditionis. Dass diese Uebereinstimmung auf der Gläubigerseite durch einen Stellvertreter des Gläubigers bewirkt werden kann, ist durch Quellenzeugnisse belegt (s. oben sub Nr. 7). Ein Grund für die Unzulässigkeit desselben Vorgangs auf der Schuldnerseite lässt sich aber nicht auffinden.

### III. Das angebliche Prinzip des römischen Rechtes.

Die bisherigen Untersuchungen ergeben, dass in den römischen Rechtsquellen die s. g. direkte Stellvertretung für eine Reihe der verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte als geltendes Rechtsinstitut sich findet, für einseitige sowohl als zweiseitige Geschäfte, auf der Schuldner- wie auf der Gläubigerseite; beim Erbschaftserwerbe u. s. f. Wenn die herrschende Meinung dennoch bisher an der prinzipiellen Unzulässigkeit der Stellvertretung im römischen Rechte festhielt, so geschah dies bei der eminent praktischen Bedeutung der Stellvertretung und dem Mangel jeder Unnatürlichkeit dieses Instituts nicht, ohne dass man sich die Frage vorgelegt hätte: wie es kam, dass die Römer trotz ihres anerkannt praktischen Sinnes dieses Institut aus ihren Rechtsgeschäften ausschlossen und so ihrem Verkehrsleben eine nahe gelegene Wohlthat versagten. Mit dieser Frage beschäftigen sich eingehender insbesondere *Unger* (in Jhering's Jahrbüchern Bd. X S. 12 ff.) und *Laband* (in Goldschmidt's Ztschr. f. H. R. Bd. X S. 186). *Unger* beantwortet die Frage wie folgt:

„Wenn die Römer die unmittelbare Stellvertretung auf dem Rechtsgebiete nicht zuliessen, so geschah dies aus anderen als spezifisch logischen und juristischen Gründen und Bedenken. Die juristische Unstatthaftigkeit der unmittelbaren Stellvertretung ist die Konsequenz und der Ausdruck ihrer ethischen Unzulässigkeit, diese aber wieder die Folge der ängstlichen, eifersüchtigen Ueberwachung der individuellen Selbstständigkeit und Gleichberechtigung. Man befürchtete überdiess und dies nicht so ganz mit Unrecht eine Grenzverwirrung, wenn der Eine aus seinem Kreis heraus in den Kreis des Andern übergreift, wenn Einer nicht bloß sich selbst, sondern auch noch einen Andern oder gar zugleich mehrere Andere einander gegenüber vorstellt, wie dies im heutigen Recht möglich ist — die individuellen Reschtsgebiete waren ebenso scharf abgegränzt, wie die *agri limitati*.“ (?)

Auch *Laband* (Goldschmidt's Ztschr. X S. 186) nennt den Gegensatz zwischen dem römischen und dem heutigen Rechte einen ethischen, nicht einen logischen. Er sei eine Folge der ethischen Würdigung der freien Persönlichkeit und ihres Willens. Nach römischer Anschauung sei der Wille der vermögensrechtlich selbstständigen Person im Kreise des Privatrechts souverain, er könne sich nicht zur blossen Durchgangsstation fremden Willens, fremder Rechte degradiren; der Wille des Einen könne nicht für den Willen des Andern gelten; denn der eigene Wille sei gerade das innerste Wesen, die unverletzliche Prärogative der freien Person. Daher stehe auch jeder für seine Willenserklärung mit seiner Persönlichkeit ein. Mit der modernen Auffassung dagegen sei es wohl vereinbar, dass sich Jemand den Zwecken des Anderen dergestalt hingibt, dass in seinem Willen der Wille der Andern zur Entstehung und Entscheidung kommt.

Nur eine oberflächliche Betrachtung könnte sich mit diesen Antworten zufriedenstellen. Dass sie durchaus unzutreffend sind, lässt sich unschwer nachweisen. Vor Allem muss man sich sagen, dass es mehr als seltsam wäre, wenn die römischen Rechtsquellen, die ja der herrschenden Meinung zufolge zahlreiche Entscheidungen über die Unzulässigkeit der Stellvertretung enthalten sollen, es unterlassen hätten, den grossen ethischen

Gedanken irgendwo auszusprechen. Fehlt es doch z. B. durchaus nicht an der Angabe des Grundes, aus dem die Beschränkung der Testirfreiheit (daher auch der Abschluss eines Erbvertrages) für unzulässig galt. (61 D. 45, 1: quia contra bonos mores est haec stipulatio.) Dass dieser Gedanke insbesondere in den vielgenannten Hauptstellen, welche gegen die Zulässigkeit der Stellvertretung angeführt werden, nicht enthalten ist, wird alsbald nachgewiesen werden. Dazu kommt aber die andere Thatsache, dass das römische Recht nach Ansicht Aller die Vermittlung von Rechtsgeschäften durch Boten im weitesten Umfange kannte. Ist denn nun der Bote im Sinne der herrschenden Meinung, im Sinne *Laband's* und *Unger's* etwa nicht weit mehr blosser Durchgangsstation des prinzipalischen Willens als der moderne Stellvertreter? Ist der Idee individueller Selbstständigkeit Rechnung getragen, wenn man zulässt, dass ein Individuum sich zum „Sprachrohr“ des andern hergibt?

Und wie erklären sich die nach Ansicht der verschiedenen Schriftsteller mehr oder weniger zahlreichen Ausnahmen des römischen Rechtes von seinem angeblichen ethischen Prinzip? Wenn die utilitatis ratio der Erklärungsgrund ist, warum drängte dieser sich den Römern nur beim Abschlusse des Darlehens (*Unger* a. a. O. S. 14 Anm. 18) und Pfandvertrages (*Unger* ebendasselbst), nicht auch beim Kauf, der Miethe, dem Commodatum und Depositum auf? Sollte behauptet werden können, dass diese Geschäfte weniger dem täglichen Verkehr angehörten als jene?

Die herrschende Meinung erkennt als Ausnahme die Möglichkeit der Stellvertretung im römischen Rechte in folgenden Fällen an:

1. beim Erwerb des Besitzes und folgegемäss dem durch Besitzerwerb bedingten Erwerb des Eigenthums. (Das Nähere hierüber siehe unten S. 99 ff.)
2. Bei der solutio (23, 53 D. 46, 3, 31 p. D. 5, 3).
3. Beim Erwerb eines Pfandrechts für eine Darlehensforderung.
4. Beim Erwerb der bonorum possessio.
5. Bei der Restitution eines Universalfideikommisses.
6. Bei der Errichtung eines Testamentes Seitens des paterfamilias für den Pupillen.

7. Bei Ertheilung des jussus.

8. Bei der praepositio institoris (*Zimmermann* a. a. O. S. 90 ff.)

Diese Beschränkung steht mit dem Resultat der bisherigen Quellenuntersuchung nicht im Einklang. Wenn man zugibt, dass die durch diese Untersuchung aufgezeigten mannigfaltigen Fälle der Stellvertretung im römischen Rechte bereits zu finden sind, so geht es doch kaum an, noch länger von einem blossen Durchbruch des Prinzips durch Ausnahmen zu sprechen. Wo die Ausnahmen so zahlreich sind, scheint eher das Prinzip die Ausnahme sein zu müssen.

Allein das Prinzip soll sich ja klar und vielfach in den Quellen ausgesprochen finden.

Vor Allem wird es darum geboten sein, eine Prüfung jener Aussprüche anzustellen, um entweder ihrer überzeugenden Macht sich zu beugen oder den Mangel einer solchen aufzudecken.

In ganz allgemeiner Fassung findet man das fragliche Prinzip niedergelegt in folgenden Stellen:

6 C. 4, 50; 1 C. 4, 27; 11 D. 44, 7 (cf. *Windscheid* Pand. I § 73 N. 3, 4; *Zimmermann*, die stellv. n. g. S. 10 N. 103; *Arndts* § 246 Note c.; *Vangerow* III § 608 Anm. I; *Sintenis*, das prakt. gem. Civilrecht Bd. II § 102 Note 2 u. 15).

Ferner in: 38 § 17 D. 45, 1; 75 § 4 D. 50, 17; 26 C. 5, 12; 38 § 1 D. 45, 1; 3 J. 3, 19 (cf. *Vangerow* l. c. I u. II; *Schliemann* Ztschr. f. H. R. XVI S. 18; *Puchta* Pand. § 52, 53, 9. Aufl. S. 81, § 273 S. 420; *Kuntze*, Obligation u. Singularsuccession S. 383 f.). Wir beginnen die Betrachtung mit:

6 C. 4, 50: Multum interest, utrumne uxore tua comparante pecuniam numerasti eique possessio tradita est, an contractu emtionis a te nomine tuo habito tantum uxoris nomen post instrumentis inscribi feceris.

Nam si quidem uxor tua nomine suo emit eique res traditae sunt, nec in te quicquam de his processit, non nisi de pretio adversus eam, in quantum tu pauperior et illa locupletior facta est, habes actionem.

Quod si tu quidem emisti et tibi tradita est possessio, tantum autem nomen uxoris quondam tuae



instrumento scriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur.

Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti — dum tibi non vis, nec illi potes.

Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.

Die Kaiser halten hier zunächst die zwei Fälle auseinander:

1. Wo eine Ehefrau kauft und tradirt erhält, während der Ehemann den Kaufpreis zahlt.
2. Wo der Ehemann kauft und tradirt erhält, nachher aber den Namen der Frau als Käuferin in die Kaufsurkunde schreibt.

Der erste Fall wird als Schenkung zwischen Ehegatten gedacht.

Gefragt wird nach den Wirkungen der Schenkung:

Es soll der schenkende Ehemann den Kaufpreis, soweit eine Bereicherung der Frau vorhanden ist, kondiziren können; für den zweiten Fall soll der Eigentumserwerb des Mannes bestehen bleiben, die Einsetzung des Namens der Frau in die Kaufsurkunde keinerlei Wirkung haben. Es soll demnach stets die Absicht des dominus venditor bei der Traditio bestimmen, wer das Eigentum erwirbt, nicht dagegen die Zahlung des Preises oder die blosse Benennung in der Erwerbsurkunde entscheidend sein. Dies sagt zusammenfassend der letzte Satz der Konstitution.

Zwischen dem letzten Satz und der Entscheidung des zweiten Falles ist ein dritter Fall noch eingeschoben: „Si vero . . . . potes.“ Diese Worte sollen nun für die Lehre von der Stellvertretung entscheidend sein. Es soll darin festgestellt sein, dass derjenige, welcher als Stellvertreter im modernen Sinne handelt, juristisch gar nicht als handelnd in Betracht kommt; das von ihm geschlossene Geschäft sei nichtig. Es habe nämlich weder für ihn Wirkungen, weil er solche Wirkungen nicht wolle, noch für den Prinzipal, weil er für diesen solche Wirkungen nicht herbeiführen könne.

Nun scheint es aber vor Allem keineswegs geboten, den kritischen Satz als einen Fall der versuchten, aber wegen ihrer juristischen Unmöglichkeit wirkungslosen Stellvertretung aufzufassen. Die Stellvertretung setzt — darüber sind Alle einig — entweder Mandat (Vollmacht) oder Genehmigung voraus. Ohne das eine oder die andere ist der Begriff ausgeschlossen.

Die Stelle erwähnt weder das Eine noch das Andere. Wie im Einzelnen der praktische Fall gelegen habe, lässt sich in Ermangelung eingehender Ausführung der Basiliken aus dem Wortlaute der Stelle nicht mehr genau feststellen. Soviel scheint jedoch sicher, dass der Mann nur *negotium uxoris gerens* — also ohne Vollmacht gehandelt hat.

Nimmt man nun an, den Kaisern habe u. A. die Frage vorgelegen, welche Wirkung ein auf den Namen der Frau gestellter Kaufvertrag habe, so konnten die Kaiser wohl rescribiren: Ein solcher Kauf habe gar keine Rechtswirkung: *nec illi* d. h. für die Frau nicht, weil ihre Vollmacht gefehlt habe — für den Mann nicht, weil er nicht für sich kaufen wollte. Dass sich die Kaiser über den Einfluss einer später hinzugekommenen Genehmigung der Frau äusserten, dazu lag wohl in den Umständen des Falles keine Veranlassung und es muss demnach die Nothwendigkeit einer solchen Aeusserung (gegen *Zimmermann* a. a. O. S. 102) bestritten werden.

Dass die Stelle nicht die Möglichkeit der Stellvertretung schlechthin ausschliessen will, für diese Auffassung fehlt es, (abgesehen von den oben unter II. 2 angeführten Belegen) nicht an Anhaltspunkten. So bildet m. E. einen solchen: 16 C. 5, 16: *Si filii tui emancipati matris hereditatem sibi acquisiverunt proba apud praesidem provinciae non donandi animo te nomine uxoris tuae praedia comparasse, sed nominis duntaxat eius titulo usum per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominum esse effectum, ut comprehensa filiorum tuorum iniuria proprietatis ius incolume perseveret. Nam si largiendi proposito id te fecisse constiterit pecuniae tibi persecutio competit.*

Hier soll die Frage zum Austrage gebracht werden, ob den emanzipirten Söhnen als Erben der Mutter gewisse in deren

Erbschaft befindliche Grundstücke gehörten, die der Vater Namens der Mutter gekauft hatte. Die Kaiser entscheiden:

War der fragliche Kauf wirklich ein Kauf im Namen der Mutter, wobei der Kaufpreis schenkungsweise für dieselbe erlegt wurde, dann wurde die Mutter durch die Besitznahme des Gatten Eigenthümerin der praedia. Geschenkt ist nur der Kaufpreis, der allein kondizirt werden mag.

Hier ist also schlechthin der Kauf Namens der uxor (mit denselben Worten wie in 6 C. 4, 50 beschrieben) vorausgesetzt als justa causa des Eigenthumserwerbs der uxor.

Ungiltig kann dieser Kauf nach dem Inhalte des Reskriptes nicht gewesen sein, denn es wird ja die Zahlung des Preises als ein Geschenk des Mannes an die Frau behandelt. Das ist aber nur als Schuldbefreiung der Frau aus dem Vermögen des Mannes denkbar, eine Schuldbefreiung aber wiederum nicht ohne Existenz einer Kaufschuld der Frau und diese nicht ohne Existenz eines giltigen Kaufes der letzteren.

Darauf weist auch 9 C. 5, 16 hin:

*Etsi de tua pecunia mancipia uxori tuae comparata sunt tamen si ei tradita sunt, eorum dominium non ad te sed ad eam pertinet, pecuniae autem tantummodo repetitionem habes, sive negotium eius gerens numerationem fecisti, sive in eam donationem conferens quantitatem pretii largitus es; etenim vel in solidum, vel quantenus locupletior facta est, actione cum ea competente poteris experiri.*

Auch hier ist das comparare der mancipia auf den Namen der Frau gestellt. Der Ehemann hat nichts für sich, sondern für die Frau gekauft, nicht etwa sich für die Frau blös tradiren lassen. Die Frage der Tradition wird unabhängig von der des Kontrakts und gesondert behandelt. Es wird nach Perfektion des Kontrakts, der für die Frau geschlossen ist, die Frage aufgeworfen, welche Wirkung die Tradition an die Frau selbst aussere; ob etwa die vom Manne beabsichtigte Schenkung an die Frau den Eigenthumsübergang an sie verhindere. Die Frage wird verneint. Denn die Tradition ist wie der Kauf eine res inter uxorem et verditorem acta. Zwischen ihnen hat das Schenkungsverbot keinen Einfluss; nur der von der Frau als Käuferin ge-

schuldete, vom Manne bezahlte Kaufpreis kann kondizirt, eventuell, wenn nur negotium, der Frau gerirt werden sollte, mit neg. g. a°, contraria zurückgefordert werden (vgl. noch: 9 C. 4, 50.)

Man muss demnach, glaube ich, zu dem Ergebniss gelangen, dass in 6 C. 4, 50 der Grund, aus welchem a° emti versagt wird, nicht sein kann das emere nomine uxoris.

Wenn nun aber der oben angegebene Grund, Mangel einer Vollmacht und der Ratthabition, nicht als genügend zu erachten wäre, so bliebe noch immer der weitere Grund denkbar, dass dem römischen Rechte Verträge zu Gunsten Dritter nicht bekannt waren. Nichts anderes kann nämlich auch die von der herrschenden Meinung gegen die Möglichkeit der Stellvertretung verwendete

11 D. 44, 7

beweisen.

Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere, vendere ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Hier wird zuerst der allgemeine Satz hingestellt, dass eine Vertragshandlung nichtig sei, wenn sie nicht in der Person des Kontrahenten das Obligationsverhältniss begründe. Dieser Satz wird erläutert, indem gezeigt ist, welche Handlungen ihm zufolge rechtlich wirkungslos seien. Als solche werden bezeichnet: stipulari, emere, vendere, contrahere in der Weise, dass nicht der Kontrahent, sondern ein Anderer daraus das Klagerecht erwerben soll.

Es wird nun meines Wissens von keiner Seite bestritten, dass in dem sog. Vertrag zu Gunsten Dritter der als Kontrahent gilt, der für den Dritten sich versprechen lässt, d. h. der, welcher mit der Absicht selbst kontrahirt, dass (auch) der Andere ein Klagerecht erwerbe.

Es besteht kein Grund, die entscheidenden Worte der Stelle anders auszulegen, als der Begriff des Vertrages zu Gunsten Dritter es erheischt; um so weniger, als die Stelle eines Vollmachtsverhältnisses mit keiner Silbe gedenkt, während es bei der der-

selben allgemein unterstellten Tendenz sehr nahe gelegen hätte; zwischen die Worte *quaecumque gerimus* wenigstens ein *mandatu alicuius* oder ein *alieno nomine* zu setzen und durch den Konjunktiv *trahant* den Grund der Entscheidung anzudeuten. Dass dies nicht geschah und dass „*cum*“ mit dem Indikativ *trahunt* verbunden wird, muss, zu der Annahme hinleiten, dass „*quaecumque gerimus*“ einschränkend verstanden werden wollte, m. a. W., dass der Jurist sagen wollte: „Unsere Handlungen — soweit sie nämlich unsere eigenen Kontraktshandlungen sind — etc.“ Damit aber hat der Jurist der Auffassung Spielraum gelassen nach der Richtung, dass es Handlungen gibt, die zwar äusserlich ebenfalls als die unseren erscheinen, in Wahrheit aber nicht unsere Kontraktshandlungen sind.

Dazu kommt nun aber noch ein — wie mir scheint — nicht unerhebliches Moment durch die Verneinung der Möglichkeit des „*contrahere*“ *alteri*. *Contrahere* neben die anderen Spezialbezeichnungen von Verträgen gestellt hat möglicherweise zwei Bedeutungen: entweder soll es die sämtlichen anderen Verträge, die nicht speziell genannt sind, bezeichnen, oder, wie das ja eine beliebte Bedeutung des Wortes ist, den Darlehensvertrag insbesondere. Dieser letztere ist jedenfalls auch durch die erste Bedeutung mitumfasst. Nun ist es aber gerade der Darlehensvertrag, bezüglich dessen auch die herrschende Meinung einig darüber ist, dass er *alieno nomine*, d. h. in stellvertretender Weise, abgeschlossen werden kann (*Zimmermann* a. a. O. § 21). Will man also nicht einen direkten Widerspruch zwischen I D. 44, 7 und jenen Stellen, welche die Zulässigkeit der Stellvertretung beim *contrahere* (eines *mutuum*) bezeugen (2 § 4; 9 § 8; 15 D. 12, 1; 4 C. 4, 2; 35 § 2 D. 39, 5; 126 § 2 D. 45, 1; 2 C. 4, 27) für gegeben halten, so bleibt nichts übrig, als die genannte Stelle in das Gebiet des Vertrages zu Gunsten Dritter zu verweisen (s. *Windscheid* Pand. § 73 Note 4), für welches sie einen vollkommen befriedigenden Sinn ergibt.

Auf diese Anschauung allein führen denn auch alle jene anderen Quellenstellen hin, welche nach der herrschenden Meinung die Zulässigkeit der Stellvertretung widerlegen sollen. So auch die neben 6 C. 4, 50 vielgenannte 1 C. 4, 27:

Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita nihil acquiri posse in dubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi sed ei cuius negotia administrabat redintegratae rei vindicationem pactus est idque pactum stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est. Servis autem res traditae dominis acquiruntur (cf. *Paul* rec. sent. V. 2 § 3).

Auch dieses Reskript befasst sich nur mit der Frage, in wie weit die *acquisitio per liberam personam* zulässig sei. Sie handelt also einmal nicht von der Stellvertretung im Allgemeinen, sondern von dem Erwerb durch einen Andern; sodann aber von der Stellvertretung überhaupt nicht. Ein vollmachtsmässiges Handeln könnte freilich in dem Worte *procurator* angedeutet sein. Allein angedeutet ist nicht, dass der *procurator* seine Vollmacht bekundet habe. Aber auch dann würde noch eine *stipulatio* zu Gunsten des *dominus* vorliegen, von der zugegeben werden muss, dass sie ihrer streng formellen Natur zufolge eine Stellvertretung nicht zuliess (s. unten VII.). Wenn darum 1 C. cit. auf die Lehre von der Stellvertretung bezogen werden will, so kann darin nicht mehr gefunden werden, als eine Gegenüberstellung des Besitzerwerbes und des Stipulations-Obligationserwerbes durch Stellvertreter.

Auf den Erwerb der Stipulationsobligation zu Gunsten Dritter müssen alle folgenden Stellen beschränkt werden: 38 § 17 D. 45, 1; 73 § 4 D. 50, 17; 26 C. 5, 12; 19 J. 3, 19.

Ganz besonders aber ist zu betonen, dass das in den Quellen angegebene Motiv der Unerlaubtheit eines *stipulari alteri* ersehen lässt, wie wenig die Gesetze dabei an Ausschluss der Stellvertretung gedacht haben. Dieses Motiv wird mit den Worten angegeben: *inventae sunt enim huius modi obligationes ad hoc, ut unus quisque sibi acquirat quod sua interest: ceterum si alii detur nihil interest stipulatoris plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, comittetur poenae stipulatio etc. . . .* (19. J. cit. 38 § 17 D. 45, 1). Dies zeigt deutlich, dass dabei vorausgesetzt wird, der *alteri stipulans* wolle sich selbst zum Klageberechtigten machen, wolle also gerade das Gegentheil von dem, was ins-

gemein dem Stellvertreter als Wille unterstellt wird. Abgesehen hievon würde aber eine Erklärung der 1 C. 4, 27, welche darin die Stellvertretung überhaupt — *excepta possessionis causa* — ausgeschlossen sehen wollte, wiederum zu einer positiven Unrichtigkeit gelangen, da bekanntermassen die *condictio mutui* durch Stellvertreter zu erwerben war und zufolge der herrschenden Meinung wenigstens auch Pfandrechtserwerb unter Umständen in 2 C. 4, 27 durch Stellvertreter ermöglicht wurde.

Dieser letztere Umstand wäre um so auffallender, als durch die 2 C. cit. die 1 cit. eine ihr auf dem Fusse folgende Widerlegung fände, bei einer so nahen Aufeinanderfolge zweier Stellen ein Redaktionsfehler, wie er den Kompilatoren nicht zugetraut werden darf. Nicht anders wird das Resultat der Quellenbetrachtung sich gestalten Angesichts jener Stellen, welche den Satz enthalten *per liberam personam (actionem) non acquiri*, z. B. 72 D. 3, 3; 15 D. 13, 5; 11 § 6 D. 13, 7; 24 § 2 D. 22, 1; 53 D. 41, 1; 12 p. D. 42, 5; 3 p. D. 43, 24; 126 § 2 D. 45, 1.

Aus allen tritt uns nur die Auffassung entgegen, der Umstand allein, dass eine Rechtswirkung — sei es auch die Entstehung eines Klagerechts — für Jemanden durch die äussere Vermittlung eines Dritten sich vollzieht, genüge noch nicht, um als ein *acquiri per liberam personam* erachtet zu werden. Dass aber unter *acquiri per liberam personam* ein unserer „Stellvertretung“ auf der erwerbenden Seite des Rechtsgeschäftes entsprechender Vorgang gemeint sei, sagen die Stellen keineswegs; sie weisen vielmehr unverkennbar auf ein Kriterium des *acquiri per l. p.* hin, welches einen wesentlichen Unterschied von der Stellvertretung begründet, darauf nämlich, dass der auf eigenen Namen geschlossene Kontrakt nicht direkt zu Gunsten eines Dritten wirken könne.

Blickt man von hier aus zurück auf das, was nach herrschender Lehre unsere Quellen gegen die Zulässigkeit der Stellvertretung enthalten sollen, so schrumpft die ganze Menge von Zeugnissen auf ein einziges zusammen, die 6. C. 4, 50, welches seiner äussern Erscheinung nach auf den Fall einer versuchten Stellvertretung gedeutet werden könnte. Denn auch 12 C. 5, 12:

. . . . quum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere  
. . . kann nicht auf Stellvertretung bezogen werden, sondern  
ist nur eine konkrete Anwendung des allgemeinen Prinzips der  
11 D. 44, 7.

In 6 C. 4, 50 allein wird also ein Kontrahiren in stellvertretender Absicht unterstellt — ein emere nomine uxoris.

Mehr als alle positiven Gegenbeweise dürfte meines Erachtens die Thatsache gegen die herrschende Meinung sprechen, dass sie ihr angebliches Prinzip des römischen Rechtes nur aus einer Stelle und zwar aus einem einzigen Reskript, das zunächst ganz andere Fragen entscheidet, schöpfen kann. Aber lasse man dies einm algenügen! Auch dann ist das Prinzip nur halb hergestellt; es würde nur für die Stellvertretung im Rechtserwerb ausgesprochen sein. Für die Stellvertretung in der rechtlichen Verpflichtung würde es an jedem Quellenzeugniss gebrechen; denn wenn unsere Quellen bestimmen:

qui alium facturum promisit in ea esse causa videtur,  
ut non teneatur, nisi poenam promiserit (21. J. 3, 19),  
so bedarf es keines Nachweises, dass hiemit von einem Stellvertretungsfallé nicht die Rede sei. Im Uebrigen finde ich in den Quellen nach dieser Seite hin einen einzigen allgemeinen Ausspruch in 3 in f. C. 4, 12: Certissimum enim est ex alterius contractu neminem obligari. — Allein abgesehen davon, dass auch dieser Satz die Frage offen lässt, ob der Kontrakt durch den Stellvertreter alterius contractus sei, zeigt sofort der ganze Zusammenhang der angeführten Konstitution, dass der allgemeine Satz eine Bedeutung hat, die jeden Gedanken an eine Beziehung zur Stellvertretung ausschliesst.

Von dem bisher angeführten Quellenmaterial wird nachträglich zur Beseitigung von Einwänden gegen die hier gezogenen Konsequenzen die besondere Besprechung folgender Stellen notwendig werden:

11 §§ 6, 7; 12 D. 13, 7 und 2 C. 4, 27.

Diese Stellen handeln sämtlich von der Begründung der obligatio pignoris unter Vermittlung eines Dritten.

11 § 6 D. 13, 7: Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiratur adeo, ut ne per procuratorem



plerumque vel tutorem acquiratur et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro posse per liberam personam possessionem acquiri nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret.

Man findet hier eine Anwendung des behaupteten römisch rechtlichen Prinzips auf den Pfandvertrag; „plerumque“ und „non semper“ hält man für Interpolation aus 2 C. 4, 27.

In der Stelle findet sich jedoch nichts, was zu einer Beziehung auf die Stellvertretung nöthigt. Die *acquisitio pignoratitiae actionis per liberam personam* ist es, was prinzipiell in derselben verneint wird, auch wenn wir uns im ursprünglichen Wortlaut „plerumque“ hinweg und durch *quidem* ersetzt denken. Dass dabei nicht auf Stellvertretung abgezielt wird, scheint mir der erläuternde Nachsatz: *et ideo — convenientur* zu ergeben. Ist es nämlich wahr, dass *procurator* et *tutor*, welche den Pfandvertrag abschliessen, dem Verpfänder mit *actio pignoratitia contraria* haften, so müssen sie den *contractus pignoratitius* auf ihren Namen abgeschlossen haben, und es bildet die Unmöglichkeit der *acquisitio per liberam personam* beim Pfandrecht nur eine nothwendige Ergänzung der Unmöglichkeit der *acquisitio* bei Forderungen. Die Forderung, für welche das Pfandrecht durch den *procurator* erworben wird, muss ebenfalls in seiner Person begründet sein; denn ohne Forderung kein Pfandrecht.

Im Sinne der herrschenden Meinung ist ein stellvertretendes Handeln des *procurator* in 11 § 6 cit. auch um desswillen als ausgeschlossen zu betrachten, weil in diesem Falle gemäss 11 D. 44, 7 der *actus procuratoris* nicht blos für den *dominus* nicht wirksam, sondern überhaupt *inanis*, also auch für den *procurator* selbst ungiltig wäre.

Demnach sagt unsere Stelle nicht mehr, als dass auch die Eigenschaft eines *Procurator* oder *Tutor* nicht genügt, um ein Pfandrecht zu Gunsten des *Dominus* oder *Mündels* zu begründen. Hiezu passt die Antithese des *Besitzerwerbes*. Diese ist *per liberam personam* möglich. Es genügt die *Apprehension* des

procurator animo rem domino habendi und die voluntas possidendi des Dominus, ohne dass einem Dritten gegenüber von der Beziehung des Dominus zum Prokurator etwas erklärt werden müsste (vgl. auch Glosse zu non semper — in fine u. unten VI).

Plerumque et non semper, wenn diese Worte aus 2 C. 4, 27 interpolirt sein sollen, ändern an diesem Ergebniss nichts.

2 C. 4, 27: Quum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur ei cuius nomine pecunia credita est, per huius modi numerationem conditio, non autem hypotheca vel pignus, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus et conditionem et hypothecariam actionem vel pignus ipso iure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire etc.

Klar ist, dass die Stelle von dem Pfandrechte spricht, welches bestellt wird für eine dem Dominus bereits erworbene Forderung. Wenn nun, wie die Stelle bezeugt, bis dahin ein solches Pfandrecht dem Dominus durch den Prokurator nicht erworben wurde, sondern erst cedirt werden musste, so ist ferner klar, dass in der Person des Prokurator selbst ein Forderungsrecht bestehen musste, für welches das Pfandrecht entstand, um cedirt werden zu können. Der Erwerb der conditio ex mutuo vollzog sich aber von Alters her direkt für den Dominus (126 § 2 D 45, 1). Demnach scheint Justinian folgenden Rechtszustand in der 2 cit. vor Augen zu haben.

Der Prokurator schliesst einen Darlehenskontrakt Namens des Dominus. Gleichzeitig stipulirt er die Summe. Aus der numeratio für den Dominus entsteht conditio für diesen; aus der stipulatio actio für den Stipulanten. Zu Gunsten dieser actio kann der Prokurator ein Pfandrecht erwerben. Dieses ging erst durch Cession auf den dominus über. Nach Justinian's Neuerung nun sollte die Cession überflüssig sein, das Pfandrecht direkt dem Dominus als erworben gelten, nachdem ihm conditio mutui schon zustand (*Dernburg* in der *Heidelberger krit. Ztschr.* I S. 16 f. und *Pfandrecht* Bd. I S. 204 ff.).

So war eine wahre acquisitio per liberam personam geschaffen ganz gleich der acquisitio per subiectam personam, eine zweckmässige Maassregel im Interesse des Realkredits. [*Zimmermann*,

der davon ausgeht, dass auch vor Justinian der Prokurator in Ermangelung eines Forderungsrechtes das Pfandrecht nicht habe für sich erwerben können, erklärt die Worte *sine aliqua cessione* aus einem Missverständniss (?) Justinian's (a. a. O. S. 316 Note 423; vgl. auch *Sintenis*, das praktische gemeine Civilrecht Bd. II § 102 Note 15)].

Dieser Fall der *acquisitio* kann wohl gemeint sein, wenn 11 § 7 D. cit. den Pfandrechtserwerb *per lib. p.* nur *plerumque* verneint, *non semper* die *obligationem pignoris per lib. p.* erwerben lässt. Hiebei könnte nur das Eine auffallen und als der hier festgehaltenen Bedeutung des *acquirere per lib. personam* widersprechend erachtet werden, dass die 2 C. cit. die Stellvertretung im Darlehenskontrakt mit *acquirere per liberam personam* bezeichnet. Allein diese Ausdrucksweise wird erklärlich durch den Zweck derselben, den Fall der Stellvertretung beim Darlehenskontrakt mit dem Erwerb des Pfandrechts *per liberam personam* in Verbindung zu setzen. Es ist Breviloquenz, wenn der nur für das letzte Verhältniss zutreffende Ausdruck zugleich für das erste verwendet wird. Ganz abgesehen davon, ist es ja in einem gewissen Sinne auch richtig, die Stellvertretung im Rechtserwerb als ein *acquirere per liberam personam* zu bezeichnen, wenn nur nicht die technische Bedeutung ausser Acht gelassen wird.

11 § 7 D. cit. und 12 eod. können als unterstützend für die von der herrschenden Lehre gegebene Erklärung des § 6 cit. nicht angesehen werden. Diese Stellen entscheiden, wie § 6, nicht die Frage der Stellvertretung. Wie in § 6 der Schwerpunkt in der Frage nach den Subjekten der Verpflichtung aus der *aº pign. contraria* liegt, so umgekehrt hier in der Frage nach der Berechtigung zur Anstellung des *aº pign. contraria*. Es wird entschieden, dass der für Verpfändungen bestellte *procurator* sowohl die *aº pign. contraria* soll für den *dominus* anstellen können, wie auch der Generalprokurator desjenigen *dominus*, der *pignoribus solebat mutuas pecunias accipere*. Hierin liegt keinesfalls ein Argument gegen die Möglichkeit der Stellvertretung im römischen Rechte.

In der That hat kein Geringerer als *Savigny* (System III

§ 113 und Obligationenrecht II S. 21 ff.) im ausgesprochenen Gegensatz zu *Buchka* die prinzipielle Zulässigkeit der Stellvertretung im justinianisch-römischen Rechte behauptet, ohne dass es ihm gelungen wäre, seiner Ansicht gegenüber der *Buchka's* in der Doktrin Anerkennung zu verschaffen.

Auffallend muss es hiebei erscheinen, dass man diese *Savigny'sche* Theorie in der zivilistischen Literatur stets mit einer Art von Scheu betrachtet und mit Ausnahme von *Ruhstrat* (Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1854) nie recht gewagt hat, derselben auf den Grund zu sehen und ihre Widerlegung ernstlich zu versuchen. Ein kurzes Verweilen bei *Savigny's* Meinung, ihrer Begründung und Anfechtung scheint daher wohl gerechtfertigt.

*Savigny* geht davon aus, dass im älteren römischen Rechte der Grundsatz gegolten habe, es könne eine Vertretung nur durch die der Hausgewalt des Vertretenen unterworfenen Personen stattfinden und auch durch diese nur zum Erwerb, nicht zur Verpflichtung.

Im Laufe der Entwicklung sei dieser Grundsatz durch eine Reihe von Ausnahmen durchbrochen und schliesslich zum völlig entgegengesetzten Grundsatz umgebildet worden, so dass im justinianischen Rechte die Stellvertretung abgesehen von der Stipulation, dem Testament und der Eheschliessung bei allen Rechtsgeschäften zulässig gewesen wäre.

*Savigny* findet diese Umbildung des alten Grundsatzes nicht nur in einer Reihe von Einzelentscheidungen der Quellen angewendet (so in 1 § 11 D. 16, 3; 126 § 2 D. 45, 1), sondern geradezu prinzipiell ausgesprochen in 53 D. 41, 1:

Ea quae civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.

Hier werde Stellvertretung bei denjenigen Rechten zugelassen, die auf formlose Weise (naturaliter) erworben werden, ausgeschlossen bei jenen, die einen förmlichen Erwerb erfordern (civiliter adquiruntur). •

Den Weg der Umbildung des alten Grundsatzes erblickt *Savigny* in der Ausdehnung des dem römischen Rechte unbestrittenermaassen schon bekannten Botenbegriffs, wornach derselbe nicht beschränkt werden dürfe auf denjenigen, der ein bewusstloses Instrument der Mittheilung abgebe, sondern auch denjenigen umfasse, der in bewusster Weise und mit mehr oder weniger Freiheit der eigenen Entscheidung das Aufgetragene erkläre.

Wenn diese Deduktion von *Ruhstrat* (a. a. O.) zunächst durch den Hinweis auf die noch im justinianischen Rechte in voller praktischer Geltung befindlichen *actiones adjecticiae qualitatis* bekämpft wird, in dem er eine gleichzeitige Existenz der Stellvertretungsmöglichkeit mit diesen Klagen für ausgeschlossen hält, so wird die folgende Untersuchung (siehe unter IV) die Grundlosigkeit dieses Angriffs zeigen.

Dagegen wird man *Ruhstrat* darin beistimmen müssen, dass die 53 D. 41, 1 für die Beweisführung *Savigny's* nicht verwendbar ist. Denn einmal hat *Savigny* nicht zu erweisen vermocht, dass *naturaliter* und *civiliter* *acquirere* den Gegensatz des formlosen und des solennen Erwerbsgeschäftes bezeichnen, während diese Wendungen allerdings den Gegensatz zwischen faktischem und juristischem Erwerb zu bezeichnen pflegen; sodann spricht die allegirte Stelle überhaupt nicht von den Fällen der Stellvertretung, sondern von dem Erwerb für Dritte durch eigene Geschäfte (Verträge zu Gunsten Dritter), wie sich ja schon daraus ergibt, dass der Erwerb aus einer *stipulatio servi* oder *filii familias* sich für den *pater familias* vollzog, auch wenn der Promittent keine Kenntniss davon hatte, dass er mit einem *servus* oder *filius* kontrahire, ebenso wie die *possessio per alium* erworben werden kann, ohne dass dieser bei Apprehension des *corpus possessionis* einem Dritten gegenüber als Erwerbsorgan des Prinzipals aufzutreten braucht (s. unter VI).

Immerhin rechtfertigt die Widerlegung *Savigny's* in der angegebenen Richtung nicht den von *Ruhstrat* gezogenen Schluss, dass die Stellvertretung dem römischen Rechte unbekannt war, wenn man nur einen Schritt weiter geht, als *Savigny* gethan, und in der Stellvertretung nicht ein allmählig entwickeltes, sondern

ein wegen seiner Nothwendigkeit und Natürlichkeit von Alters her bestehendes römisches Rechtsinstitut erblickt.

Dann wird man allerdings, wie oben geschah, behaupten dürfen, dass der Begriff des nuntius in der von *Buchka* und dessen Anhängern beliebten Beschränkung quellenmässig nicht nachgewiesen ist und wenigstens die Möglichkeit nicht ausschliessen dürfen, dass der in den Quellen vorkommende nuntius als Stellvertreter habe auftreten können (vgl. *Schliemann* a. a. O.). Wenn *Windscheid* (Pand. § 73 N. 16) dagegen die Bemerkung für genügend hält, dass ja der Vertretene auch willensunfähig sein könne, so trifft dieser Einwand diejenigen nicht, welche die gesetzliche Vertretung von der freiwilligen getrennt halten (s. unten V).

Angesichts der Ergebnisse (s. oben II) der Quellen bedarf es aber überhaupt der Benützung des Begriffes nuntius nicht, um die Stellvertretung als römisch-rechtliches Institut nachzuweisen.

Die von *Ruhstrat* versuchte positive Widerlegung aus den Quellen durch Anführung von Paulus rec. sent. V 2 § 2: Per liberas personas quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est, ferner durch Anführung der I C. 4, 27 und des § 5 J. 2, 9 kommen aber nach dem Bisherigen desshalb nicht in Betracht, weil diese Belege insgesamt gar nicht das Institut der Stellvertretung, sondern des Erwerbes zu Gunsten Dritter durch eigene Geschäfte behandeln.

(Ueber I § 11 D 16, 3, welche auch *Ruhstrat* a. a. O. S. 25 f. durch Annahme eines Botenverhältnisses erklären will, s. oben II S. 58 f.).

#### IV. Verhältniss der adjecticischen Klagen zur Stellvertretung.

Neben den Versuchen der herrschenden Meinung, aus Quellenentscheidungen unmittelbar das Prinzip der Unzulässigkeit einer Stellvertretung im römischen Recht nachzuweisen, geht das Bestreben her, die Lehre von den adjecticischen Klagen zur Unterstützung jenes Prinzips zu verwerthen.

Schon *Ruhstrat* (Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung) findet desshalb, weil der magister navis und institor durch

ihre Kontrakte nur dann eine Haftung des Prinzipals begründeten, wenn sie als solche aufgetreten waren, in der unbestrittenen Fortexistenz der adjektischen Klagen im justinianischen Rechte den vollständigsten Beweis dafür, dass die Zulässigkeit einer direkten Vertretung von den Römern niemals anerkannt ist (a. O. S. 14, 29).

*Kuntze* (Obl. und Singularsuccession S. 284) stellt der *Savigny'schen* Theorie der Stellvertretung die Frage entgegen: „Weshalb haben die für das praktische Bedürfniss so feinfühligten Römer nach einem Surrogat der Stellvertretung gesucht, da sie doch den nuntius kannten; weshalb jene Anstrengungen, jenes schichtenweise Hervorbrechen der actiones adjecticiae qualitatis?“ (s. oben S. 27).

Neuestens hat auch *Zimmermann* (a. a. O. S. 105 ff.) das Verhältniss dieser Klagen zur Stellvertretung einer eingehenden Untersuchung unterzogen und in den Rechtsgeschäften, welche der actio institoria und exercitoria resp. deren Erweiterungen zu Grunde liegen, eine „unvollkommene Stellvertretung“ erblickt, d. h. — um seinen Worten zu folgen — „die Schliessung eines Vertrages für sich und zugleich für einen Andern“. Auch er ist mit der herrschenden Lehre (vgl. *Elsässer*, Ueber die institorische Klage S. 17 Note 18; *Mandry*, das gemeine Familiengüterrecht Bd. II S. 601 Note 12) der Meinung, dass hiebei ein Handeln auf des Prinzipals Namen oder doch unter Hinweisung auf den Prinzipal vorausgesetzt wurde.

Würde der Beweis für diese Meinung gelungen sein, so stünde man allerdings vor der Nothwendigkeit, eine Erklärung für die Thatsache zu finden, dass in diesen besonders gearteten Fällen des Handelns auf fremden Namen nur eine solidarische Verpflichtung des Prinzipals anerkannt, dass neben diesem der Vertreter selbst verpflichtet wurde.

Allein dieser Beweis ist nicht erbracht. Die Betrachtung der hieher bezüglichen Quellenstellen wird dies zeigen.

Man hat sich zunächst auf §§ 1, 2 J. 4, 7 berufen:

§ 1. Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit,  
in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur;

scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur (vgl. hierüber *Elsässer* a. a. O. S. 30 ff.).

- § 2. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus erit contractum fuerit . . . . Institoria tunc habet locum cum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit et quid cum eo eius rei causa cui praepositus erit contractum fuerit . . . . Istas autem duas actiones praetor reddit et si liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit; scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

*Zimmermann* a. a. O. legt auf diese Stellen ein entscheidendes Gewicht deshalb nicht, weil man sagen könnte, sie hätten nur den Normalfall der adjektivischen Klage im Auge. Mir scheint, man darf zugeben, dass dieselben auf alle Fälle angewendet werden müssen, in denen ein institor oder magister navis kontrahiert, ohne zu befürchten, dass ihnen dann ein entscheidendes Gewicht für die herrschende Meinung beizulegen ist.

§ 1 cit. handelt von der actio quod iussu und erklärt als den Grund ihrer Einführung durch den praetor die aequitatis ratio (vgl. § 2 eod. in fine), dass der, welcher iussu domini kontrahiert, fidem domini sequi videtur. Die gleiche ratio liegt nach § 2 der actio institoria und exercitoria zu Grunde.

Erinnert man sich nun, dass ursprünglich diese Klagen nur stattfanden, wenn ein institor oder magister servus, oder filius familias kontrahiert hatte (§ 2. cit.), so begreift sich sofort die aequitatis ratio. Es wäre nämlich sehr hart für den Gläubiger gewesen, hätte man ihn mit seinen Ansprüchen an den kontrahierenden servus oder filius allein verweisen wollen, obwohl der Nutzen des Kontraktes dem dominus faktisch zukam; denn gegen den Sklaven entstand gar keine, gegen den filius familias eine aussichtslose klagbare Obligation. Man sollte meinen, dass dies Billigkeitsgrund genug gewesen, um so





mehr, als die Quellen selbst mit unverkennbarer Deutlichkeit denselben in den Vordergrund stellen:

I pr. D. 14, 3: Aequum praetori visum est sicut com-  
moda sentimus ex contractu institorum ita etiam obligari  
nos ex contractibus ipsorum et conveniri.

I pr. D. 14, 1: Utilitatem huius edicti patere nemo est,  
qui ignoret, nam quum interdum ignari cuius sint con-  
ditionis vel quales cum magistris propter navigandi  
necessitatem contrahamus aequum fuit eum qui magistrum  
navi imposuit teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae  
vel negotio praeposuit, quum sit maior necessitas con-  
trahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur  
ut de conditione quis institoris dispiciat et sic contrahat;  
in navis magistro non ita; nam interdum locus, tempus  
non patitur plenius deliberandi concilium.

Dieser Billigkeitsgrund ist aber auch eine genügende Er-  
klärung für die Ausdehnung der actiones inst. et exercit. auf  
freie Institoren und magistri: Man denke nur den Fall, dass ein  
liber homo im Auftrage eines Andern mit einem Dritten einen  
Darlehenskontrakt als Darlehensnehmer einging und das em-  
pfangene Geld sogleich dem Mandanten übergab. Wäre es  
nicht in diesem Falle sehr unbillig, dem Gläubiger den Rückgriff  
auf den Mandanten zu versagen, obwohl z. B. der Mandatar  
inzwischen insolvent geworden ist? Und wäre diese Unbilligkeit  
etwa nur darum nicht zu berücksichtigen, weil der Mandatar  
nicht Namens des Mandanten mit dem Darlehensgeber kon-  
trahirt hat?

In der That findet sich das Requisit solcher Bezugnahme  
in §§ 1 und 2 J. cit. mit keinem Worte ausgesprochen, weder  
die aequitatis ratio: quia fidem . . . sequi videtur (*Buchka* die  
Lehre von der Stellvertretung S. 40—41), noch die Worte: et  
quid cum eo eius rei gratia cui praepositus erit, contractum sit  
können als Beleg des Gegentheils dienen. Erstere nicht, weil  
ein fidem alicuius sequi möglich ist, ohne dass auf seinen Namen  
kontrahirt wird (wie z. B. die Fälle des Mandatum qualificatum  
bezeugen) und weil fidem domini sequi auch dann vorliegt,  
wenn der dritte Kontrahent sich darauf verlässt, dass der Kontrakt

— mag sein Partner nun selbst der dominus negotii sein oder nur institor oder magister navis — jedenfalls den dominus negotii wegen der objektiven Beziehung zum Betrieb eines Gewerbes oder der Schifffahrt binden werden (vgl. *Mandry*, das gemeine Familiengüterrecht II 598 ff.) — letztere nicht, weil sie nicht sowohl die Bezugnahme auf den dominus als die Bezugnahme auf den Geschäftskreis bezeichnen, dem der Institor oder magister vorsteht. Dabei ist nicht einmal erforderlich, dass der Dritte die Person des Dominus kennt. Es wird vielmehr oft eine Information über die Person des dominus ebenso wegen locus oder tempus unthunlich sein, wie (nach 1 p. D. 14, 1 in fine) über die des Institor oder magister. Dazu kommt, dass auch für die actio tributoria in den Quellen die Voraussetzung aufgestellt wird: si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo eius rei causa contractum erit . . . . (§ 37, 4, 7), während doch meines Wissens Niemand behauptet, die actio tributoria finde nur statt, wenn der Pekulieninhaber auf den Namen des Dominus kontrahirt habe. Gewiss liegt aber kein vernünftiger Grund vor, wesshalb jene Worte in § 3 cit. einen andern Sinn haben könnten, als in § 2 cit. (Vgl. *Mandry* a. a. O. II S. 599, 601. *Elsässer* a. a. O. S. 21.) Wir müssen daher sagen, dass der Grund aller adjektivischen Klagen ein objektiver ist, — das bedeutet eius rei causa — nicht bloß der tributoria, de peculio, de in rem verso (*Brinz* Pand. 1. Aufl. S. 612), auch der exercitoria und institoria (vgl. noch 2 § 2 D. 2, 13). Dass diesen Klagen kein Stellvertretungsverhältniss, d. h. kein ausdrückliches oder stillschweigendes Handeln im Namen des Prinzipals (*Zimmermann* a. a. O. S. 112) zu Grunde liegt, hat m. E. sowohl *Brinz* (schon in den Krit. Bl. Nr. 2 S. 10–20 und neuestens in seinem Lehrbuch der Pand. 2. Aufl. § 259), als auch *Mandry* (a. a. O. II S. 215 f. und 601 ff.) nachgewiesen. Prüfen wir aber das übrige Quellenmaterial! In 13 p. D. 14, 3 soll „die Nothwendigkeit des Hervortretens der Geschäftszwecke im Geschäft insofern anerkannt sein, als es absonderlich wäre, wenn der Kläger einen rein innerlichen Vorgang, die bloß subjektive Destination des Beklagten beweisen sollte.“ (*Zimmermann* a. a. O. S. 106.) Die Stelle lautet:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate; eundem et mutuis pecuniis accipiendis et acceperat mutuam pecuniam. putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione; probare non potuit mercis gratia eum accepisse . . .

Vor Allem ist hier nicht von einem Beweise der subjectiven Destination des Beklagten die Rede; denn als den Beklagten hat man sich den dominus zu denken, während die subjective Destination bei dem servus zu suchen wäre. Ferner finde ich die Absonderlichkeit nicht, die in dem Beweise der subjektiven Destination eines Dritten liegen soll. Wird es doch von Niemanden absonderlich gefunden, wenn der böse Glaube des Prozessgegners zum Beweise verstellt wird, der doch gewiss zur Kategorie der innerlichen Vorgänge gehört. Weiter braucht der Beweis „mercis gratia eum accepisse“ nicht der eines innerlichen Vorganges zu sein. Es ist vielmehr sehr wohl denkbar, dass sich aus den äussern Umständen die Bestimmung des Geldes ergibt. Endlich ist die Frage gerechtfertigt, wie es kommen kann, dass der Creditor sich über die Bestimmung des Geldes im Irrthum befunden hat, wenn eine Bezugnahme auf den Geschäftszweck die Voraussetzung der actio institoria gewesen ist. Wenn aber auch die Bezugnahme auf den Geschäftszweck wirklich erforderlich war, so ist damit doch noch nicht bewiesen, dass diese Bezugnahme in Form des Kontrahirens auf den Namen des dominus oder unter Hinweis auf diesen erfolgen musste, nicht einmal erwiesen, dass der dominus dabei genannt werden musste. So lange dieser Beweis aber nicht erbracht ist, so lange folgt aus der Existenz der institorischen Klage nichts gegen die Zulässigkeit der Stellvertretung (vgl. *Mandry* a. a. O. II S. 604, 605).

Auch aus I § 9 D. 14, 1: Unde quaerit Ofilius si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit contra esse — quam distinctionem Pedius probat — ist nur so viel zu erschen, dass der magister

den Kontrakt mit dem Dritten in Bezug auf das Schiff abschliessen musste, sollte die actio exercitoria Platz greifen. Dass hierbei eine Beziehung auf den Exercitor nothwendig gewesen wäre, wird nirgends gesagt (vgl. *Mandry* a. a. O. II 603; *Elsässer* a. a. O. S. 37 ff.; *Brinz* Pand. 2. Aufl. II S. 225; dagegen, aber nicht überzeugend, *Thöl*, Handelsrecht 4. Aufl. § 29 Note 6 u 8).

Das Hauptgewicht wird von *Buchka* (a. a. O. S. 41 f.) und von *Zimmermann* (a. a. O. S. 109 f.) auf 7 p. u. §§ 1 u. 2 D. 14, 1 gelegt:

Lucius Titius Stichum magistrum navi praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit, se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumptam. respondit creditorem utiliter acturum, si cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet; etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat quod certe facturum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse, ita illud exigendum, ut sciat in hoc secredere cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse; quare et si in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.

§ 1. Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur comparari potuerit; quid enim, inquit si ad velum emendum in eius modi insula, pecuniam quis crediderit in qua omnino velum comparari non potest? et in summa aliquam diligentiam in ea (re) creditorem debere praestare.

§ 2. Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur, nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparisonem cui emendae servus sit praepositus et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat in hanc rem pecuniae erogandae (*Mommsen*).

In dieser Stelle soll das Prinzip an die Spitze gestellt sein, dass zur Anstellung der *actio exerc. und inst.* Hinblick der Kontrahenten auf den Prinzipal beim Vertragsabschluss erforderlich sei. Das sollen die Worte des *principium in fine*: „*illud exigendum — praepositus*“ bedeuten. Auf den ersten Anblick könnte es freilich scheinen, als sei diese Auffassung zutreffend. Eingehendere Prüfung ergibt jedoch m. E. wenigstens soviel, dass eine andere Erklärung eben, so ungezwungen möglich ist.

Der Fall der Stelle ist klar. Ein gewisser Lucius Titius, Schiffsrheder, hat seinen Sklaven Stichus als *magister navis* aufgestellt. Dieser hat von einem Dritten ein Darlehen aufgenommen und nun ist die Frage: Haftet Lucius T. mit *exercitoria* wegen dieses Darlehens nur dann, wenn der Dritte die Verwendung des kreditirten Geldes zur Ausbesserung des Schiffes beweist, oder schon dann, wenn das Schiff sich zur Zeit der Darlehensaufnahme im ausbesserungsbedürftigen Zustande befand? Der Jurist (African) entscheidet sich für die letztere Alternative und begründet seine Entscheidung mit der Erwägung, dass es nicht angehe, den Dritten zur Fürsorge für die Angelegenheiten des *exercitor* zu verpflichten. Er abstrahirt sodann aus diesen Entscheidungen den allgemeinen Satz:

*illud exigendum — praepositus sit.*

Nun scheint es mir nicht nur sehr wohl denkbar, dass das *scire, se in hoc credere etc.* lediglich als eine Kenntniss von dem objektiven Verwendungszweck des Geldes aufzufassen ist, sondern ich halte dies geradezu Angesichts des Wortlautes der Stelle für nothwendig. Nur ein *scire, se in hoc credere* wird erfordert. Nicht ein *dare* auf den Namen des *dominus*. Nun wird aber doch wohl Niemand leugnen, dass auch heutzutage in zahlreichen Fällen der eine Kontrahent genau weiss, dass für fremde Rechnung und in fremdem Interesse kontrahirt wird und dass doch der andere auf eigenen Namen, nicht als Stellvertreter seines Prinzipals und nicht unter Hinweis auf diesen handelt. Man denke nur an die kaufmännische Kommission! Gerade von dem charakteristischen, allseits anerkannten Merkmal der Stellvertretung, dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Handeln

auf den Namen des Prinzipals, insbesondere Seitens des Stellvertreters, steht in der Stelle nichts.

Wenn nun noch der Jurist fortfährt: quod certe — esse, so würde dies geradezu eine Ungereimtheit sein, wenn wirklich an ein stellvertretendes Kontrahiren (auf Namen des Prinzipals) gedacht wäre. Es würde nämlich mit diesen Worten gesagt sein:

„Der dritte Kontrahent muss wissen, dass das Schiff ausbesserungsbedürftig ist, wenn er nicht bloß mit dem magister navis, sondern zugleich durch diesen mit dem Exercitor unterhandeln will,“

während doch im Zusammenhang der Stelle offenbar nichts anderes gesagt ist, als dass der dritte Kontrahent den Zustand des Schiffes kennen müsse, um zu wissen, dass er zum Zwecke der Ausbesserung ein Darlehen gebe. Nun ist aber, wie gesagt, klar, dass diese Kenntniss vorhanden sein kann, ohne den Willen, mit dem Exercitor zu kontrahiren.

In § 1 wird die Kenntniss des Darlehensgebers nach einer andern Richtung vorausgesetzt, ohne dass auch hier von einem Hinweis auf den Exercitor die Rede wäre.

In § 2 werden die für die actio exercitoria gefundenen Grundsätze auf die actio institoria angewendet. Auch hier wird nicht mehr erfordert, als scire creditorem neccessariam esse mercis comparisonem cui emendae servus sit praepositus.

Dieses Erforderniss erklärt sich aber leicht im Hinblick darauf, dass als magistri navium oder institores häufig servi oder filii familias verwendet waren und dass der dritte Kontrahent zwar in dominum vel patrem familias eine actio in solidum haben sollte, jedoch nur dann, wenn er eius rei causa cui praepositi erant kontrahirt hatte, während er auf der andern Seite dann nicht zu untersuchen hatte, cuius sint conditionis vel quales (1 pr. D. 14, 1).

Ueberdiess hat *Zimmermann* den Einwand, den er sich gegen seine Erklärung der Stelle selbst erhebt, durchaus nicht beseitigt. Dieser Einwand geht dahin, dass man sagen könne, der Jurist verlange den Hinweis auf den Exercitor beim Kontrabschluss nur dann, wenn sich die vollmachtmässige Verwendung des dargeliehenen Geldes Seitens des Gläubigers nicht beweisen lasse.

Andernfalls, wenn nämlich bewiesen sei, *pecuniam ad navem reficiendam consumtam esse*, bedürfe es solchen Hinweises nicht. *Zimmermann's* Widerlegung dieses Einwandes besteht darin, dass er die Entscheidung so formulirt:

„Wie einerseits jene Verwendung nicht bewiesen zu werden braucht, so muss anderseits feststehen, dass im Hinblick auf den Exercitor dargeliehen wurde.“ Diese Formulirung entspricht aber nicht dem Inhalte der Stelle. Darnach lautet vielmehr die Antwort des Juristen auf die Frage: Ob der Exercitor nur bei Nachweis der Verwendung verpflichtet sei (*non aliter etc.*): Nein, er ist nicht nur unter diesen Voraussetzungen verpflichtet. Führt man diese Antwort weiter, so muss sie lauten: Trifft aber diese Voraussetzung zu, so ist er jedenfalls verpflichtet. Dieser Sinn der Entscheidung wird bestätigt durch die Worte des § 2: „ . . . et sufficere, si in hoc crediderit . . non etiam illud exigendum“. Es genügt also das credere in hoc (welches übrigens nach der hier vertretenen Anschauung wesentlich verschieden ist von dem Hinweis auf den Prinzipal), der Nachweis der Verwendung wird nicht gefordert. Wird er aber doch geliefert, sollte dennoch die Haftung des Prinzipals bezweifelt werden können? (Vgl. I § 7 D. 14, I in fine „vel impensum“ *Mandry a. a. O.* II S. 604.)

An diesen Resultaten ändern nichts die (von *Zimmermann* noch allegirten) 10 § 5 D. 17, I und 3 C. 5, 39.

Die erste Stelle: *Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur* sagt allerdings, dass der Bürge desshalb sich verbürgt habe, weil er wusste, dass die Hauptschuld im Interesse des Prinzipals kontrahirt wurde.

Allein, ob mit den Worten: „ideo . . . acciperet“ der Grund für die utilis actio institoria, oder nicht etwa bloß das Motiv für die Verbürgung bezeichnet wird, das ist mit Bestimmtheit aus der Stelle nicht zu entnehmen. Aber selbst das Erstere vorausgesetzt, würde nur die Nothwendigkeit gefolgert werden können, dass der dritte Kontrahent von dem Verhältniss des procurator

zum dominus Kenntniss haben musste, um die actio quasi institoria zu erwerben. Die entscheidenden Worte lassen aber viel eher die Auslegung zu, dass die Kenntniss des Bürgen von dem Verhältniss des procurator zum dominus, auch ohne dass der procurator als solcher auftrat, für die actio quasi inst. genügte, als die andere, es sei das Handeln des procurator auf den Namen des Dominus oder unter Hinweis auf denselben Voraussetzung gewesen. Solche Kenntniss konnte der Bürge aber sehr leicht besitzen, ohne sie durch den procurator erlangt zu haben. Die Möglichkeit der Mittheilung Seitens des procurator selbst konnte aber an der juristischen Konstruktion nichts ändern (cf. 30 alias 31 pr. D. 3, 5), wenn nur nicht auf den Namen des Dominus kontrahirt wurde (über 10 § 5 cit. *Elsässer* a. a. O. S. 25 ff.).

Die 3 C. 5, 39:

Si in rem minoris pecunia profecta sit quae curatori vel tutori eius nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est,

kann schon desswegen für die Theorie der adjektivischen Klagen nicht angeführt werden, weil hier weder eine praepositio institoris, noch ein mandatum oder eine ratihabitio, sondern eine gesetzliche Vertretung gegeben ist, welche ihre besonderen Voraussetzungen und Wirkungen hat (s. unten V).

Aber auch sonst beweist die Stelle nicht mehr, als dass das Pupillenvermögen für Rückzahlung des in seinem Namen vom Tutor kontrahirten und in seinem Interesse verwendeten Darlehens hafte; sie beweist insbesondere nicht, dass der Kontrakt nomine pupilli abgeschlossen sein musste, wie denn auch in 27 D. 12, 1: Civitas mutui datione obligari potest si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt . . . von dieser Voraussetzung völlig abgesehen ist.

Freilich wird es richtig sein, anzunehmen, dass eine Haftung des gesetzlich Vertretenen ex contractu des Vertreters die Kenntniss des dritten Kontrahenten von dem Zwecke des Kontraktes voraussetze, eine Kenntniss, welche wohl regelmässig durch den Hinweis des Vertreters auf den Vertretenen erlangt wurde,



In 19 p. D. 14, 3 und 8 D. 26, 9 — den übrigen Stellen, in welchen noch die actio quasi institoria vorkommt — soll (nach *Zimmermann* a. a. O. S. 112 Anm. 131) wenigstens aus den Umständen hervorgehen, dass der Kontrakt in eigenem und fremdem Namen geschlossen wird.

*Zimmermann* unterlässt zu bestimmen, welche Umstände dies seien. Man wird aber auch vergeblich nach solchen forschen.

19 p. D. 14, 3: In eum qui mutuis accipiendis procuratorem praeposuit utilis ad exemplum institoriae dabitur actio . . . . .

spricht zwar von einem procurator, der pecuniis accipiendis aufgestellt ist, lässt es aber völlig unentschieden, ob derselbe nomine proprio oder nomine domini kontrahiert; dass das Erstere gemeint sei, ist nicht blos daraus zu schliessen, dass das Letztere besonders gesagt sein müsste, sondern auch aus dem Umstande, dass an eine Stipulation gedacht ist, die gewiss nicht auf den Namen des Prinzipals gestellt sein konnte.

Ebenso ist in 8 D. 26, 9 wegen Unmöglichkeit der stipulatio nomine alterius der Hinweis auf den Prinzipal ausgeschlossen (arg. v. „Cavit“).

Alle diese Argumente beweisen sohin nicht, was zu beweisen beabsichtigt ist. Es gibt aber andere Entscheidungen in den Quellen, welche mit der von *Zimmermann* vertretenen Auffassung in Widerspruch stehen.

So 16 D. 14, 3:

Si cum villico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur; si tamen villicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere.

Hier wird die actio quasi inst. gegen den dominus versagt, wenn mit seinem villicus kontrahiert wurde, der nur propter fructus percipiendos angestellt ist, mit der Motivierung: quia . . . non propter quaestum praeponitur. Also nur desshalb. Ist diese objektive Voraussetzung, „praepositum esse propter quaestum“ vorhanden, so findet actio quasi inst. statt, wie der Schluss der Stelle bezeugt. Mit keinem Worte ist angedeutet, dass die Art

des Kontraktsschlusses zwischen dem villicus und dem Dritten eine verschiedene sei. Man hat sich also die Fälle so zu denken:

Der Dritte hat mit dem villicus ohne Hinweis auf den Dominus kontrahirt, und die Entscheidung der Frage, ob er gegen denselben klagen kann, hängt lediglich davon ab, ob der villicus nur zur Fruchtgewinnung oder auch propter quaestum aufgestellt war.

Dass ohne Hinweis auf den Dominus kontrahirt wurde, geht daraus hervor, dass im ersten Falle der Hinweis gar nicht möglich war, weil der Dritte keine praepositio kennen konnte, da keine solche vorlag.

Ferner kommt hier in Betracht 13 § 2 D. 14, 3 im Zusammenhang mit 1 § 25 und 2 D. 14, 1:

Si duo pluresve tabernam exerceant et servum quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Julianus quaerit et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actione in solidum unum quemque conveniri posse et quidquid is prestiterit qui conventus est societatis iudicio vel communi dividendo consequetur quam sententiam et supra comprobavimus (13 § 2 D. 14, 1).

Si plures navem exerceant cum quolibet eorum in solidum agi potest (1 § 25 D. 14, 1), ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit (2 D. eod.).

Wäre nämlich ein Hinweis auf den Prinzipal beim Kontraktsschluss nothwendig, so müsste ja der dritte Kontrahent bei einer Mehrheit von Exercitoren wissen, dass er es mit einer Mehrheit zu thun habe, und könnte daher nicht gegen jeden einzelnen actio exercit. in solidum gegeben werden, am allerwenigsten aber aus dem in 2 D. 14, 1 angegebenen Grunde (vgl. noch *Elsässer* a. a. O. S. 51 ff.).

Noch käme bezüglich der actio quod jussu in Frage, ob die selbe eine Bezugnahme auf den jussus domini vel patris zur nothwendigen Voraussetzung hatte. Diess wird von der herrschenden Meinung ebenso wie für die actiones exercitoria und institoria bejaht; allein die Argumente derselben sind hiefür mindestens

nicht zwingender, als für die entsprechende These in der Lehre von den beiden letztgenannten adjekticischen Klagen, da sie sich in der Hauptsache auf jene Quellenstellen reduzieren, welche in dem Kontrakte mit dem Jubirten ein *fidem domini sequi* erblicken (*Gaius* IV 70, 71; I J. 4, 7; I p. D. 15, 4; *Drechsler* die *actio quod iussu* S. 60). Das Unzureichende dieser Argumente ist von *Mandry* (a. a. O. II S. 598 ff.) genügend dargethan (vgl. auch *Elsässer* a. a. O. S. 33 ff.). Hinzugefügt soll nur noch werden, dass vom Standpunkte derjenigen, welche die Ertheilung des *iussus* stets an den dritten Kontrahenten erfordern, der *iussus* die Natur eines Kreditmandats annimmt und als solches in keinerlei Beziehung zur Stellvertretung gebracht werden kann. Da bezüglich der noch übrigen *actiones adjecticiae qualitatis*, nämlich der *actiones de peculio*, *tributoria* und *de in rem verso* ohnehin nicht bestritten wird, dass sie eine Bezugnahme auf die Person des *dominus* oder *pater familias* nicht voraussetzen, so bedarf es einer Erörterung jener Klagen in diesem Zusammenhange überhaupt nicht.

Nachdem diese Resultate gewonnen sind, wird sich auch eine Antwort auf die Frage finden lassen, wesshalb die für das praktische Bedürfniss so feinfühligten Römer die adjekticischen Klagen ausgebildet haben? Die Ausbildung der adjekticischen Klagen ist nicht als eine Abweichung von dem Prinzip der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung zu erachten, sondern als eine von dem Stellvertretungsgedanken völlig unabhängige Entwicklung, deren Vielgestaltigkeit einen neuen Beleg für die Feinfühligkeit der Römer gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs abgibt. Nicht blos dann, wenn Jemand durch einen Stellvertreter selbst handelt, entstehen für ihn rechtliche Wirkungen; er wird verpflichtet, auch in den Fällen, wo er nicht selbst kontrahirt, wenn nur ein von ihm Bevollmächtigter (in seinem Interesse und) innerhalb der Vollmachtsgrenzen kontrahirt hat und der Dritte entweder zum vollmachtsgemässen Zweck kontrahirt, oder die Verwendung seines Vermögens auf Grund des Kontraktes zum vollmachtsgemässen Zweck nachweist.

Dazu kommt, dass den Römern unter allen Umständen für die Fälle der Stipulation die adjekticische Klage gute Dienste that, da jene keine Stellvertretung zuliess.

Aber auch bei der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung im heutigen Recht haben die adjektivischen Klagen ihre gute Bedeutung. Denn wenn gleich das deutsche H. G. B. Art. 360 Abs. 2 dieselben gegen den kaufmännischen Kommittenten versagt, so ist doch nicht zu verkennen, dass sie im nicht kaufmännischen Verkehr mit dem Institor zur Anwendung kommen, wo mit diesem kontrahirt werden will und zwar auch dann, wenn dessen Eigenschaft als Institor und wenn die Person des Dominus dem dritten Kontrahenten bekannt sind. Was hierüber *Laband* (in *Goldschm. Ztschr.* Bd. X S. 197 im Nachgange zu *Ruhstrat a. a. O.* S. 13) ausführt: „dass entweder im Namen des Dominus kontrahirt werde, wodurch dieser aktiv und passiv Subjekt der Kontraktsklagen werde — oder nicht in seinem Namen kontrahirt werde, welchen Falles er weder eine utilis actio habe, noch gegen ihn institorisch geklagt werden könne, weil die Parteien diese Wirkung nicht gewollt hätten, ist in dieser Allgemeinheit durchaus unzutreffend. Die praktische Seite der Möglichkeit des institorischen Kontrahirens liegt auch in den Fällen, wo mit Kenntniss des institorischen Verhältnisses und Kenntniss der Person des Prinzipals kontrahirt wurde, klar zu Tage. Der dritte Kontrahent hält den Institor für kreditwürdiger als den dominus, möchte aber auch die Obligation des Letzteren sich nicht entgehen lassen oder es liegt ihm überhaupt daran doppelt gesichert zu sein, er erklärt dies vielleicht sogar ausdrücklich. Man wird sagen: hier könne die Bürgschaft aushelfen. Allein diese setzt wieder einen besonderen Vertrag voraus, der bei Abwesenheit des Dominus Zeit, Mühe und Geld kostet und schliesslich, wenn der Gläubiger nicht eine Verzichtserklärung erwirkt, durch das beneficium ordinis des Bürgen den Werth der Bürgschaft wesentlich beeinträchtigt.

Ferner ist die institorische Klage für alle jene Fälle von praktischem Interesse, wo ohne Bezugnahme auf den Prinzipal, jedoch innerhalb der Vollmachtsgrenze des Institor eius rei causa cui praepositus est kontrahirt wurde.

Man nehme z. B. an, dass ein Maschinenfabrikant einem Gutsverwalter landwirthschaftliche Maschinen liefert, ohne den Prinzipal zu kennen, jedoch mit der Unterstellung, dass dieser

ihm für den Kaufpreis mithaften werde (vgl. auch *Windscheid* Pand. § 482 Note 14 und *Brinz* Pand. 2. Aufl. S. 226).

*Brinz* (a. a. O.) scheint mir der gegentheiligen Meinung zu viel zu concediren, wenn er ein Handeln Namens des Prinzipals für nothwendig hält, wo der Erfolg des institorischen Kontrakts dem Prinzipal nicht zu statten kam und wenn er demgemäss in diesen Fällen die institorische Klage für das heutige Recht als unpraktisch erachtet.

Die, wie gezeigt, unzutreffende Annahme, dass die institorische Klage ein Kontrahiren Namens des Prinzipals erfordert habe, bestimmte neuerdings das Reichsgericht (I. Civilsenat) zu der Entscheidung, dass diese Klage aus dem heutigen Rechtsleben entschwunden sei. (Vgl. *Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen*, Bd. II S. 166 ff.)

Im Gegensatze zu dieser reichsgerichtlichen Auffassung hat neuestens das bayerische oberste Landesgericht die praktische Geltung der actio (quasi) institoria in einem Falle anerkannt, der in der That auch deren praktische Bedeutung neben der Stellvertretung in's Licht setzt. Der Fall lag so:

Ein Dozent der Chirurgie an einer Universität, der mit Abhaltung der chirurgischen Poliklinik beauftragt war, hatte bei einem Fabrikanten eine Quantität antiseptischer Verbandstoffe mit dem Zusatze bestellt, dass er derselben für seine chirurgische Poliklinik bedürfe. Nach dem Tode des Dozenten verweigerte die Universität die Zahlung der so bestellten Stoffe mit der Begründung, es sei nicht in ihrem Namen und mit ihrer Vollmacht bestellt worden. Das oberst-richterliche Urtheil erklärte die Universität für haftbar, weil in der Beauftragung mit Abhaltung der chirurgischen Poliklinik die Ermächtigung zur Anschaffung der nöthigen Stoffe liege und es genüge, dass der Dritte mit Rücksicht auf dies Bedürfniss der Poliklinik geliefert habe. — (*Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses*. Band 8 S. 490 ff.)

Das Verhältniss der actiones adjecticiae qualitatis aus den Verträgen freier Personen zur Stellvertretung lässt sich dem

Erörtern zufolge dahin feststellen, dass man es hierbei überhaupt mit Stellvertretung nicht zu thun hat, weder mit einer vollkommenen, noch mit einer unvollkommenen. Die Verträge der Institores und *magistri navium* sind Verträge in deren eigenen Namen, aus welchen lediglich in Folge der objektiven Thatsache, dass sie sich auf einen Kreis von Geschäften beziehen, deren materielles Resultat dem Prinzipal zu Gute und zu Schaden kommt, der Prinzipal solidarisch mit dem Kontrahenten haften soll. Also gerade desshalb, weil der Dritte nicht direkt mit dem Prinzipal kontrahiert, d. h. weil der Institor sich nicht als Stellvertreter präsentiert, gerade desshalb entsteht in erster Linie eine Obligation des Institor. Daraus kann aber unmöglich gefolgert werden, dass die Römer es nicht für selbstverständlich erachtet hätten, aus dem Kontrakte, der mittels eines Stellvertreters geschlossen wurde, nur den Prinzipal verhaftet und berechtigt sein zu lassen.

#### **V. Die gesetzliche Stellvertretung des römischen Rechtes.**

Gemeiniglich wird die gesetzliche Stellvertretung durch Tutoren, Kuratoren, Aktoren, *Syndici* u. dgl. mit der Stellvertretung handlungsfähiger Personen durch Prokuratoren auf eine Stufe gestellt. Diese Art der theoretischen Behandlung führt dazu, eine Anzahl von Quellenentscheidungen, welche die gesetzliche Vertretung betreffen, zu Argumenten des Satzes zu machen, dass dem römischen Rechte das Institut der direkten Stellvertretung unbekannt gewesen sei. Hierbei übersieht man den erheblichen begrifflichen Unterschied zwischen beiden Arten der Stellvertretung. Der Nachweis desselben wird dazu dienen, das Wesen der Stellvertretung und die Anerkennung derselben in den Quellen noch mehr ins Licht zu setzen.

Während nämlich die freiwillige Vertretung auf einer von dem Vertretenen erteilten Vollmacht oder der von ihm erklärten Genehmigung beruht, den Vertretenen also als selbsthandelnd voraussetzt, umfasst die gesetzliche Stellvertretung die Fälle, in welchen zufolge eines Rechtssatzes Jemand mit Wirksamkeit für eine Person handelt, von der weder Vollmacht noch Genehmigung

giltig ausgehen kann. Die freiwillige Stellvertretung schafft für den Vertretenen Rechtswirkung nur mit seinem Willen. Für die gesetzliche Vertretung kommt es auf den Willen des Vertretenen nicht, sondern lediglich auf den des Vertreters an. Der freiwillig Vertretene kann auch ohne Vertreter handeln, für den gesetzlich Vertretenen ist die Vertretung eine Nothwendigkeit (vgl. v. Canstein in Busch's Archiv f. Handelsrecht Bd. 21 S. 262). Aus diesen Gesichtspunkten dürften sich denn auch die Sätze in den Quellen erklären, welche die unmittelbaren Wirkungen gesetzlicher Stellvertretung nur zögernd und nur theilweise anerkennen und hierbei besondere Motive der Billigkeit oder Zweckmässigkeit in den Vordergrund stellen. So gewinnen diese Sätze eine ganz andere Bedeutung, als ihnen von der herrschenden Meinung beigelegt wird. Sie sind keine Belege für die Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung, sondern für die Verschiedenheit der sogenannten gesetzlichen von der sogenannten freiwilligen Stellvertretung.

Die folgende Quellenbetrachtung soll ergeben, wie weit die gesetzliche Stellvertretung mit unmittelbarer Wirkung im römischen Rechte anerkannt war und wie sich dieselbe gegenüber der freiwilligen Stellvertretung verhielt.

Was den ersten Punkt anlangt, so wird selbstverständlich gänzlich davon abgesehen, welche Beschränkungen den gesetzlichen Vertretern in der Disposition über das Vermögen der Vertretenen auferlegt waren (vgl. 37 D. 2, 14, 34; § 1 D. 12, 2; 27 D. 12, 1; 28 § 1 D. 2, 14 vv. „sed non contra“; 8 D. 37, 1; 1 § 4 D. 38, 9). Vielmehr richtet sich die Untersuchung lediglich auf solche Fälle, in welchen die gesetzlichen Vertreter zweifellos innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse sich bewegen. Wo es sich um Stipulationen im Interesse oder zu Lasten des Mündels handelte, kann die Frage nach direkter Wirkung der gesetzlichen Vertretung nicht aufgeworfen werden, weil die Stipulation die persönliche Anwesenheit und Thätigkeit der Obligationssubjekte erforderte (cf. 9 p. D. 26, 7 und 43 § 1 D. eodem), dem Vertretenen wird jedoch aus der zu seinen Gunsten kontrahirten Stipulation ohne Weiteres eine actio utilis gewährt, dem Vertreter eine exceptio gegen die zu Lasten des Pupillen geleistete promissio.

Gegen den Vertretenen steht aus der letzteren actio utilis zu (cf. 4 § 1 D. 21, 2). Nur die prozessualen Stipulationen zu Lasten des Vertretenen (z. B. cautio indicio sisti) erzeugten gegen den Vertreter eine actio überhaupt nicht, falls der Vertretene selbst inzwischen prozessfähig geworden war (15 D. 2, 11).

Im Uebrigen enthalten die Quellen folgende Einzelentscheidungen über die Wirkungen der von sog. gesetzlichen Vertretern vorgenommenen Geschäfte:

1. Das pactum de non petendo, welches magistri societatum mit Schuldnern oder Gläubigern der societates abschliessen, schadet und nützt den societates 14 D. 2, 14; dasselbe gilt für das pactum der Tutoren und Kuratoren in Bezug auf ihre Mündel 15, 28 § 1 D. 2, 14.
2. Die Veräußerung aus dem Vermögen des Vertretenen durch den gesetzlichen Vertreter ist — die rechtliche Zulässigkeit der Veräußerung vorausgesetzt — für den Vertretenen rechtswirksam, z. B. die Verpfändung (16 p. D. 13, 7; 11 p. D. 20, 1; 11 D. 27, 10), die Uebereignung (5 § 3 D. 23, 3; 10 § 1 D. 27, 10), die Novation (22 D. 26, 7).
3. Die agnitio bonorum possessionis durch den gesetzlichen Vertreter macht den Vertretenen zum bonorum possessor (11 D. 26, 8; 3 § 4 D. 37, 1; unica § 1 D. 38, 3). Die aditio hereditatis konnte für den Vertretenen gleichfalls wirksam durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden, abgesehen von dem Falle, wo die Erbschaft einem impubes infantia maior deferirt war (18 §§ 4 und 5 C. 6, 30).  
Weder agnitio bonorum possessionis, noch aditio hereditatis konnte wirksam durch den curator minoris geschehen (s. *Windscheid* Pand. § 596 Note 17).
4. Die praepositio eines institor nomine pupilli durch den Tutor ist für den Pupillen verbindlich 5 § 18 D. 14, 3; desgleichen der iussus als Grund der actio quod iussu (2 p. 4 D. 15, 4).
5. Anlangend die Vertragsschließung des gesetzlichen Vertreters für den Vertretenen, ergeben die Quellen nicht nur für die Stipulation, sondern für alle Kontrakte, dass



der gesetzliche Vertreter Recht und Verbindlichkeiten zunächst in seiner Person begründete und dass für bzw. gegen den Vertretenen nur utilis actio entweder sogleich, oder doch nach Beendigung des gesetzlichen Vertretungsverhältnisses ertheilt wurde (vgl. *Windscheid* Pand. § 442 Note 2 und die dort cit. Quellenbelege). Allenthalben erscheint als Kontrahent der gesetzliche Vertreter, nicht der Vertretene, und die Anerkennung indirekter Rechtswirkungen aus dem Kontrakte des Vertreters für und gegen den Vertretenen werden hier gelegentlich mit Zweckmässigkeitsrücksichten gerechtfertigt (z. B. 5 § 9 D. 13, 5: „Utilitatis causa receptum est“).

Hierin zeigt sich auch vollkommen deutlich die Auffassung, welche das römische Recht von dem Verhältnisse der gesetzlichen Stellvertretung zur freiwilligen Stellvertretung hatte.

Weil die letztere auf dem Willen des Vertretenen beruhte, war ihre direkte Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen prinzipiell anerkannt; indem aber die letztere mit Recht als etwas von dem Willen des Vertretenen Unabhängiges betrachtet wurde, hat man sie mit Wirkungen für und gegen den Vertretenen zwar aus Zweckmässigkeitsgründen ausgestattet, jedoch zugleich zum Ausdruck gebracht, dass der Vertretene als selbsthandelndes Subjekt nicht gelten könne.

## VI. Die sogenannte Stellvertretung im Besitzerwerb.

Unter den Ausnahmen, welche nach der herrschenden Lehre das römische Recht von der Regel der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung aufstellte, pflegt vor Allem hervorgehoben zu werden, dass der Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter möglich gewesen sei. Wenn man aber genau zusieht, so wird man den Stellvertretungsbegriff bei dem durch Dritte vermittelten Besitzerwerbe gar nicht anzuwenden berechtigt sein. Denn wenn das Wesen der direkten Stellvertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften darin besteht, dass der juristisch Handelnde seinen Willen durch Vermittlung eines Andern an den Tag legt, so ist für den Besitzerwerb mittels eines Andern charakteristisch

und unentbehrlich, dass der Andere nicht bloß Willensorgan des Erwerbers sei, sondern dass er zugleich die körperliche Herrschaft über das Besitzobjekt erlange, m. a. W. dass jener äussere Thatbestand, welcher ein Essentiale des Besitzverhältnisses ausmacht, in seiner (des Andern) Person hergestellt werde. Deshalb lässt sich hier auch nicht sagen, dass der Erwerbende der Handelnde sei, wie bei anderen Rechtsgeschäften, wo es sich lediglich um die Vermittlung seiner Willensäußerung handelt. Handelnd, und zwar in einem wesentlichen Stücke, tritt derjenige auf, der das *corpus possidendi* zur Erscheinung bringt. Diese Handlung erzeugt aber unter gewissen Voraussetzungen die Wirkung, dass *possessio* nicht für diesen Handelnden, sondern für einen Dritten entsteht. Darum lässt sich die sog. Stellvertretung im Besitzerwerb eher mit den Verträgen zu Gunsten Dritter, als mit der eigentlichen Stellvertretung in eine Linie stellen und folgerichtig vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus mit Recht als eine Ausnahme von der Regel der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung gar nicht erachten (vgl. auch *v. Canstein* in Grünhut's Ztschr. Bd. 6 S. 677 Note 12).

Eine wahre Stellvertretung scheint mir aber beim Besitzerwerb auch darum nicht gegeben, weil für denselben gleichgiltig ist, ob die Mittelsperson einem Dritten gegenüber oder überhaupt nach aussen hin auf den Prinzipal, für den sie erwerben will, Bezug nimmt, vielmehr der Thatbestand ausreicht, dass die Mittelsperson in Uebereinstimmung mit dem Prinzipal diesem zu erwerben den Willen hat (vgl. auch *Hauser*, Stellvertretung im Besitze S. 18, 19. *Windscheid* Pand. § 155 Note 7, 5. Aufl. S. 473). Gleichviel welcher Auffassung man zuneigt, für jede kommt Angesichts der Quellen in Frage, ob der Besitz auch durch einen Generalbevollmächtigten oder durch einen Spezialbevollmächtigten ohne spezielle Angabe der in Besitz zu nehmenden Sache erworben werden könne. Die Frage ist in neuerer Zeit streitig geworden, während früher allgemein gelehrt wurde, dass wenigstens ein Generalbevollmächtigter nicht schon auf Grund seiner Vollmacht den Besitz für den Vollmachtgeber erwerben könne (vgl. *Windscheid* Pand. § 155 Note 9). Diese frühere, von *Savigny* gebilligte, neuerdings von *Bremer* ausführlich bekämpfte

Lehre findet wiederum eine gewichtige Stütze in *Brinz* (Pand. 1. Aufl. S. 1603 f., 2. Aufl. S. 519). Mit gutem Grunde führt der Letztere aus, dass der in den Quellen zum Besitzerwerbe erforderliche animus possidendi in der Seele des Vollmachtgebers gar nicht vorhanden sein könne, wenn der Generalbevollmächtigte irgend eine Sache ohne Wissen des Vollmachtgebers in Besitz nehme, dass also, wenn man doch hier Besitzerwerb annehmen wolle, der animus possidendi in einer blossen voluntas in eine Vollmacht sich verwandle. Die von *Bremer* — dem sich zahlreiche Schriftsteller neuestens angeschlossen haben (s. *Windscheid* a. a. O.) — in Bezug genommenen Quellenstellen werden in ihrer Beweiskraft durch den Hinweis darauf von *Brinz* erschüttert, dass unmittelbar vorher oder nachher angedeutet wäre, es solle die Entscheidung auf den Generalmandatar keinen Bezug haben. Wenn z. B. in 1 § 20 D. 41, 2 ganz allgemein aufgestellt sei: per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur, so zeige schon der folgende § 21: si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam etc. das nöthige Korrektiv gegen die Anschauung, dass der Generalmandatar ohne Weiteres dem Mandanten Besitz erwerbe, und ebenso verhalte es sich mit 13 § 1 D. 41, 1 im Hinblick auf 13 p. D. eod. (verba: „ex mandato meo.“ *Brinz* a. a. O. 2. Aufl. I S. 520 Note 19). Trotzdem dürfte die *Bremer'sche* Theorie den Vorzug verdienen. Denn wenn schon nicht zugegeben werden kann, dass der allgemeine Ausspruch: per procuratorem tutorem etc. in 1 § 20 D. 41, 2, welcher sprachlich ohne Zweifel den procurator omnium bonorum nicht bloß in sich schliesst, sondern geradezu in erster Linie bezeichnen will (s. *Windscheid* a. a. O. und 1 § 1 D. 33), „an irgend einem anderen Orte, z. B. in § 21 l. c. irgendwie eingeschränkt worden sei, so kommen noch weiter zur Unterstützung jener Theorie folgende zwei Stellen in Betracht:

41 D. 41, 3: Si rem subreptam mihi procurator meus apprehendit quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam redisse usuque capi posse existimandum est quia contra statui captiosum erit.

47 D. eodem: Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam quia ut ignorantes usu ceperimus in peculiaribus tantum rebus receptum est.

In der ersten Stelle wird vorausgesetzt, dass ein procurator omnium bonorum die dem dominus entwendete Sache in Besitz nimmt; denn wäre ein Spezialprokurator gemeint, so müsste doch wohl irgendwie angedeutet sein, dass dieser das Mandat zur Wiedererlangung der entwendeten Sache erhalten habe; denn dieses allein könnte das von *Brinz* geforderte Spezialmandat sein. War aber der procurator omnium bonorum gemeint, so ist zugleich anerkannt, dass durch solchen procurator der Besitz erworben werde und nur die purgatio vitii in Folge eines derartigen Besitzerwerbes wegen domini ignorantia ausgeschlossen sei. (Dies auch die Meinung der Glosse ad L. 41). Auch in 47 D. cit. kann procurator ungewungen wohl nur als procurator omnium schon um desswillen verstanden werden, weil procurator ohne Beifügung eines besonderen Mandatsinhaltes eben diese Bedeutung zu haben pflegt. Der Schlusssatz der Stelle gibt übrigens für diese Bedeutung einen weiteren Beleg an die Hand. Hier wird nämlich der Pekuliarerwerb zu dem durch den Prokurator so in Gegensatz gebracht, dass von dem ersteren die Usukapionsmöglichkeit auch ohne Wissen des Dominus ausgesagt, dem letzteren dieselbe abgesprochen wird. Aus dieser Gegenüberstellung darf wohl geschlossen werden, dass abgesehen von der Usukapionsmöglichkeit, also in Rücksicht auf den blossen Besitzerwerb ein Unterschied zwischen Prokurator und Pekulieninhaber nicht statuiert werden will. Ist dies richtig, so ergibt sich weiter von selbst, dass mit dem Pekulieninhaber nicht der procurator unius rei, sondern nur der procurator omnium bonorum in Parallele gestellt werden kann (vgl. noch 49 § 2 D. 41, 2 und 1 C. 7, 32).

Abgesehen von dem Ergebnisse der Quellen darf auch noch auf den von *Brinz* (a. a. O. S. 520 zu Note 13 f.) selbst hervorgehobenen Umstand hingewiesen werden, dass ja auch bei der ohne Wissen des Dominus erfolgten Apprehension Seitens eines Spezialmandatars — deren Wirksamkeit von keiner Seite ange-

zweifelt wird — der *animus rem sibi habendi* des Dominus im Momente der Ergreifung fehlt. Was aber hier recht ist, dürfte dort billig sein.

## VII. Definition und Anwendungsgebiet der Stellvertretung.

In unseren Quellen findet sich das Institut der Stellvertretung in Rechtsgeschäften im weitesten Umfange anerkannt. Ein *terminus technicus* ist denselben hiefür freilich nicht bekannt. Das Wesen der Sache aber zeigt sich in unzähligen Entscheidungen. Und zwar nicht als eine rechtliche Besonderheit tritt dasselbe hervor, als eine Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern es erscheint durchweg als etwas der Regel des Rechtes Entsprechendes, Selbstverständliches. So kann man auch nicht sagen, dass es etwa nur auf bestimmte einzelne Fälle beschränkt sei. Die Anwendungsfälle sind so zahlreich, dass sie nur als der Ausdruck eines, das ganze System beherrschenden Prinzips angesehen werden dürfen. Dieses Prinzip lässt sich in folgender Weise formuliren:

„Ein Rechtsgeschäft, beziehungsweise eine rechtliche Willensäußerung kann ebenso mit Hilfe eines Bevollmächtigten zu Stande kommen, wie durch denjenigen allein, in dessen Person die Wirkungen eintreten.“

Als Ergänzung dieses Satzes ist auf Grund der *Ratihabitionslehre* hinzuzusetzen:

„Auch mit Hilfe eines Unbevollmächtigten kann eine Willensäußerung gültig geschehen, wenn derjenige, dessen Willensäußerung der Unbevollmächtigte zu vermitteln erklärt, nachträglich hiezu seine Genehmigung ertheilt.“

Die juristische Konstruktion muss sich, wie oben des Weiteren ausgeführt wurde, mit diesen Sätzen in der Weise abfinden, dass sie beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch einen Bevollmächtigten den Vollmachtgeber als den Abschliessenden bezeichnet, den Bevollmächtigten lediglich als einen Gehilfen zum Abschlusse des Rechtsgeschäfts. Darnach lässt sich die „Stellvertretung“ definiren als:

„Das Rechtsverhältniss, in welchem ein hiezu Ermächtigter zum Abschluss von Rechtsgeschäften in der Weise Beihilfe leistet, dass er anstatt des Vollmachtgebers dessen rechtsgeschäftlichen Willen zur äusseren Erscheinung bringt.“

Die Wirkung eines so abgeschlossenen Rechtsgeschäftes für und gegen den Vollmachtgeber bedarf dann einer besonderen Motivirung nicht mehr.

Eine Beihilfe der bezeichneten Art ist möglich bei Rechtsgeschäften aller Art, bei zweiseitigen nicht minder als bei einseitigen, bei Geschäften des Familienrechts ebenso wie bei solchen des Vermögensrechtes.

Dies hindert nicht die Existenz einzelner Ausnahmen.

Eine solche Ausnahme kommt im römischen Recht vor bei dem Abschluss der Stipulation. Darüber ist kein Streit. Die Stipulation war den Römern ein Geschäft, bei welchem die Form so sehr das Uebergewicht hatte, dass alle anderen Gesichtspunkte in den Hintergrund traten. Es mussten die Geschäftssubjekte gegenwärtig sein und sich mit Frage und Antwort begeben. Anders war eine wirksame Stipulation nicht denkbar. Zum Belege dessen können zwar nicht Stellen angeführt werden, wie 38 § 17 D. 45, 1 oder 3 J. 3, 19, wohl aber scheint mir entscheidend 3 p. C. 8, 38 (al. 8, 37): *Si cum tuam pecuniam crederes accomodato nomine Juliani stipulatio in personam eius absentis directa est, cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intelligis superfuisse tibi rei contractae obligationem.*

Eine weitere Ausnahme muss für die einseitigen Rechtsgeschäfte des letzten Willens angenommen werden. Eine testamentarische Erklärung erfordert unbedingt die Gegenwart des Erblassers vor Zeugen, denen die Erklärung abgegeben wird. Nur die *donatio mortis causa* wird man als unter die Regel fallend bezeichnen dürfen, soweit für sie die testamentarische oder Legatsform nicht vorgeschrieben ist.

Nicht dagegen darf man die Pupillarsubstitution unter die Regel subsumiren; denn einmal wäre hier ein Fall der gesetzlichen Vertretung gegeben, sodann aber liegt hier vielmehr eine Verfügung über fremdes Vermögen, als eine Beihilfe zu fremdem

Rechtsgeschäfte vor.' Denn das Pupillartestament bleibt ein Testament des Vaters.

Eine weitere Ausnahme gehört dem Familienrechte an und betrifft den Abschluss der Ehe. Das römische Recht schon kannte diese Ausnahme, obwohl es die Stellvertretung beim Abschlusse des Verlöbnisses zuliess und die moderne Gesetzgebung ist ihm hierin gefolgt, soweit nicht für fürstliche Persönlichkeiten der Eheabschluss durch Prokuration aufrecht erhalten ist.

Dass der Erbschaftsantritt nach heutigem Rechte zu den Ausnahmen nicht zu zählen ist, unterliegt wohl keinem Zweifel, nachdem schon das römische Recht die agnitio bonorum possessionis durch den Stellvertreter zugelassen hatte und heutzutage jeder Unterschied zwischen diesem und der hereditatis aditio beseitigt ist. Aber auch schon nach römischem Rechte wird die Zulässigkeit zu behaupten sein (s. *Windscheid* 5. Aufl. III § 596 Nr. 11). Zunächst kommt hiefür die 12 C. 6, 30: „Puberem agnoscentem bonorum possessionem, postea quam ei fuit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur“ in Betracht. Hierin ist, wie *Windscheid* mit Recht hervorhebt, die agnitio bon. poss. als eine gestio pro herede bezeichnet. Steht nun aber die gestio pro herede der aditio hereditatis gleich, so folgt, dass auch die agnitio bon. poss. der aditio hereditatis gleichsteht. Allerdings ist dies in der Stelle nur für den Fall ausgesagt, dass der Berufene in eigener Person die agnitio vornimmt. Allein, wenn *Zimmermann* (die stellv. negotiorum gestio S. 120) hierauf Gewicht legt, um der Stelle die Beweiskraft für die These der Stellvertretungsmöglichkeit zu entziehen, so übersieht er, dass die Stelle nichts enthält, was irgend eine Beschränkung auf den speziellen Fall rechtfertigen könnte. Ist dem aber so, dann enthält sie den Beleg, dass die — gemäss anderer Quellenzeugnisse zulässige — stellvertretende agnitio b. p. gleichbedeutend ist mit stellvertretender pro h. gestio und folgegемäss mit stellvertretender hered. aditio. Es ist in der That kein Grund einzusehen, aus dem die her. aditio nicht ebenso durch einen Stellvertreter sollte erfolgen können wie die pro h. gestio, da doch ihre Wirkungen völlig gleich sind. Dass aber die pro herede gestio durch Stellvertreter zugelassen war, dafür besitzen wir ein

Zeugniss in 4 C. 6, 30. *Filio familias delata hereditate si pater pro herede voluntate filio gessit solemnitati iuris satisfactum videri saepe rescriptum est.*

Zwar meint Zimmermann (a. a. O.), diese Stelle spreche eher gegen als für die Möglichkeit der Stellvertretung. Denn wenn es nöthig gewesen sei,\* die Möglichkeit, dass der Vater für den Sohn die Erbschaft antreten könnte, durch wiederholte Rescripte festzustellen, so deute das doch wohl darauf hin, dass unter anderen Personen solche Stellvertretung nicht zulässig war. Die von dieser Unzulässigkeit gemachte Ausnahme aber erkläre sich einfach dadurch, dass, obgleich der Erbschaftsantritt eigentlich Sache des Sohnes war, so doch die Erbschaft selbst dem Vater erworben wurde (a. a. O. S. 120). Wenn nicht Alles täuscht, so entgeht hiebei *Zimmermann* die wahre Bedeutung dieser Stelle gänzlich. Nicht die Möglichkeit der Stellvertretung des Sohnes durch den Vater ist durch wiederholte Rescripte festgestellt worden, sondern der Satz, dass durch (stellvertretende) *pro herede gestio* des Vaters der *solennitas iuris* genügt sei. Es hätte doch sehr nahe gelegen, zu fragen, was denn unter dieser *solennitas* gemeint sei. Und eben so nahe liegt die Antwort, dass dabei an die *cretionum scrupulosa solennitas* gedacht ist; dass nämlich damit die *aditio hereditatis* als solche nicht gemeint sein kann, folgt nothwendig aus dem Umstande, dass die *aditio* kein Formalakt war, vielmehr durch jede deutliche Willensäusserung erfolgen konnte. Es bleibt nur die *cretio* übrig. Man muss annehmen, dass die *delatio hereditatis* auf Grund eines Testaments erfolgt war, welches eine *heredis institutio cum cretione* enthielt. Die *cretio* war zur Zeit, da das vorliegende Rescript erlassen wurde, wohl noch in voller Blüthe. (Decius 250 p. Chr.), da sie erst unter Arcadius und Honorius (a. 407 p. Chr.) beseitigt wurde (17. Cod. 6, 30). Die Stelle sagt also nur, dass dann, wenn der *paterfamilias* als Stellvertreter des *filius pro herede* gerirt, nicht auch noch erfordert werden soll, dass er die Solennität der *cretio* erfülle.

Ferner spricht für die Zulässigkeit der Stellvertretung bei der *hered. aditio* die 65 § 3 D. 36, 1, wo ausdrücklich die *aditio* eines *absens per nuntium* als wirksam bezeichnet wird. An



überer Stelle wurde schon gezeigt, dass es an Anhaltspunkten erbricht, den Begriff des nuntius einzuengen auf den mechanisch ausrichtenden. Gerade an der her. aditio wie an den einseitigen Geschäften überhaupt zeigt sich deutlich die Undurchführbarkeit dieser Einschränkung. Denn Niemand wird läugnen, dass die Erbschaft in folgenden beiden Formen aufgetragen und ausgerichtet werden kann:

1. „Ich melde, dass A die Erbschaft antritt.“
2. „A schickt mich, dass ich erkläre, ich trete für ihn die Erbschaft an. Ich erkläre diess hiemit.“

Einer Annahme dieser Erklärung bedarf es ja anerkanntermaßen nicht. Wenn daher in der zweiten Form eine genügende Mittheilung des A'schen Antrittswillens erblickt wird, so haben wir einen modernen Stellvertreter vor uns. Gegen unsere Auffassung kann man nicht auf 65 p. D. 36, 1 verweisen.

„. . . . atquin in . . . . adeunda hereditate consensus eius scil. domini) necessarius est.“ (Consensus im Gegensatz zu rati habitio.).

Denn aus dieser Stelle würde schlimmsten Falles nur so viel folgen, dass durch einen unbevollmächtigten Vertreter kein Erbschaftsantritt erfolgen kann. Und dafür könnten auch die wichtigsten Gründe geltend gemacht werden. Es soll über den Erbschaftsantritt kein Zweifel herrschen. Er soll unbedingt und ohne Befristung und auf das Ganze der deferirten Erbschaft gerichtet sein. Eine durch unbevollmächtigten Antritt hervorgerufene Ungewissheit des Antritts soll demnach nicht zugelassen werden.

Keinen Gegenbeweis liefert die 90 p. D. 29, 2 und 5 C. 6, 30

Respondit per curatorem hereditatem acquiri non posse —

und

Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria.

Was die erste Stelle anlangt, so gilt zunächst, was *Windscheid* (Pand. § 596 N. 11) bemerkt, dass kein Grund vorliege, die Lesart des Codex Florentinus „per curatorem“ in die „per

procuratorem“ zu verwandeln; allein wenn man selbst die letztere Lesart als die authentische gelten liesse, so würde daraus noch kein zwingendes Argument gegen die Zulässigkeit der Stellvertretung im Erbschaftsantritt sich ergeben. Denn man könnte sich als Sinn der Stelle immer noch den denken, dass ein Prokurator im eigenen Namen die Erbschaft nicht antreten kann, so wie er beispielsweise kaufen oder miethen kann, weil sie ihm nicht deferirt ist und weil eine Uebertragung der erworbenen Erbschaft als solche nicht möglich war.

Aus 5 C. 6, 30, woselbst ein Fall der gesetzlichen Vertretung entschieden ist, lässt sich nur entnehmen, dass der willensfähige Pupille im Erwerb der hereditas vom tutor nicht sollte ersetzt werden können, wie dies für den pupillus infans nothwendig war (s. *Windscheid* Pand. § 596 zur Note 16). Für die Annahme, dass ein Erwerb der Erbschaft durch Stellvertreter möglich war, spricht noch 1 § 2 und 2 D. 1, 19 (cf. 25 § 2 D. 29, 2): Est hoc praecipuum in procuratore Caesaris, quod et eius jussu servus Caesaris adire hereditatem potest et si Caesar heres instituitur, miscendo se opulentae hereditati procurator heredem Caesarem facit. — Quod si ea bona ex quibus imperator heres institutus est, solvendo non sint, re perspecta consulitur imperatori. heredis enim instituti in adeundis vel repudiandis hereditatibus voluntas exploranda est.

Daraus ergibt sich nämlich, dass nicht nur die pro herede gestio des procurator Caesaris den Caesar zum Erben einer solventen Erbschaft macht, sondern dass auch die Antretung oder Ausschlagung jeder, auch einer insolventen Erbschaft, durch den Prokurator gemäss eingeholter Instruktion des Caesar für diesen Wirkung äussert.

Der Eingang von 1 § 2 cit. „Praecipuum est etc.“ darf nicht irre machen. Denn dass im Allgemeinen der iussus des procurator dem iussus des dominus gleichsteht, beweist 1 § 9 D. 15, 4. Dazu kommt, dass der iussus zum Erbschaftsantritt immer ein spezieller sein muss (25 § 5 D. 29, 2) und per internuntium ertheilt werden kann, so dass der Prokurator jedenfalls immer als nuntius jubiren könnte. Das Praecipuum für den procurator Caesaris muss also anderswo gesucht werden. Es besteht wohl

darin, dass der procurator Caesaris gegenüber einer opulenta hereditas nicht erst eines Spezialmandats bedurfte.

In allen Fällen der Stellvertretung muss man im Auge behalten, dass immer eine Person äusserlich thätig wird, welche von derjenigen verschieden ist, in der die Wirkungen des Rechtsgeschäftes eintreten. Dieser Umstand gebietet eine eingehendere Prüfung der Voraussetzungen, unter welchen der Stellvertreter wirksam thätig wird, sowie der Frage, ob und in welchem Masse seine Individualität für die Wirksamkeit seiner stellvertretenden Handlungen von Einfluss ist.

Voraussetzungen des wirksamen stellvertretenden Handelns sind vor Allem Vollmacht oder Genehmigung, von denen daher zunächst zu handeln ist (s. *Zimmermann* a. a. O. 88—90).

#### VIII. Vollmacht und Genehmigung.



Vollmacht nennen wir die rechtliche Macht, die Einem zur Vornahme von Rechtsgeschäften im Namen eines Andern von diesem erteilt ist. Streitig ist, ob die Ertheilung dieser Macht ein Vertrag sei oder ein einseitiger Willensakt. Für die Vertragsqualität der Bevollmächtigung spricht sich *Laband* (in *Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr.* Bd. X) entschieden aus. Ihm ist Bevollmächtigung „ein vom Mandat verschiedener Konsensualvertrag, durch welchen die Kontrahenten sich verpflichten, dass Rechtsgeschäfte, welche der eine Kontrahent Namens des Andern abschliessen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der Letztere selbst abgeschlossen. Dieser Vertrag hat nicht nur unter den Kontrahenten Wirkungen, sondern auch für Dritte“ (*Ztschr. f. H.-R.* Bd. 10 S. 208). Zustimmung äussert sich *Canstein* (in *Busch's Archiv f. deutsches Handelsrecht* Bd. 21 S. 283 und in *Grünhuts Ztschr. f. Privat- und öffentliches Recht* Bd. III S. 670 ff.), indem auch er von einem Vollmachtsvertrage spricht. Dagegen wendet sich *Curtius* (*Archiv f. civ. Pr. N. F.* Bd. 58 S. 78 f.) mit nachfolgender Argumentation:

Entweder beruht die Wirkung der Stellvertretung auf einem allgemein gültigen Rechtssatze, dann ist der Bevollmächtigungs-

vertrag überflüssig, oder ein solcher Rechtssatz besteht nicht, dann hilft der Bevollmächtigungsvertrag nicht. (Gegen die Annahme eines Vollmachtsvertrages auch *Brinz* Pand. I. Aufl. S. 1618 u. 1620. *Regelsberger* Krit. Vierteljahrsschrift XI S. 369. *Zimmermann* a. a. O. S. 88 Nr. 3 a. *Drechsler* die actio quod jussu S. 28, 29). Auch *Windscheid* sieht in der Bevollmächtigung keinen Vertrag, wenn er von der Vollmacht sagt, sie sei eine Seite des Auftrags, wonach derselbe keine Verpflichtungen zwischen den Parteien begründet (Pand. § 409 a. E.).

Neuerdings erklärt sich *Karlowa* (das Rechtsgeschäft S. 58 f.) für die Natur der Bevollmächtigung als einer einseitigen Willensäußerung und zwar auf Grundlage seiner Unterscheidung von bewirkenden und unterscheidenden Thatsachen.

Die Bekämpfung *Laband's* durch *Curtius* halte ich zwar nicht für durchaus gelungen; denn es wäre doch möglich, dass der „moderne“ Rechtssatz so formulirt werden müsste: „direkte Stellvertretung ist zulässig, wenn zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ein Bevollmächtigungsvertrag besteht,“ und die Differenz zwischen dem heutigen und römischen Recht darin zu suchen wäre, dass das letztere einen solchen Vertrag nicht kannte bzw. ihm die Wirkung versagte. Dennoch ist die Bevollmächtigung nicht als eine Vertragsschliessung zu erachten, und zwar deshalb nicht, weil das Objekt fehlt, in Bezug auf welches eine Uebereinstimmung der Willenserklärung des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten stattfinden könnte und müsste. Denn es ist nicht zweifelhaft, dass die Ertheilung einer Vollmacht rechtswirksam ist, ohne dass sich der Bevollmächtigte mit der Ertheilung derselben einverstanden erklärt. Eine Acceptation der Vollmachtserklärung liegt nicht darin, dass der Bevollmächtigte unter Bezugnahme auf die Vollmacht handelt. Vielmehr weist er hiedurch den Dritten nur darauf hin, dass die (einseitige) Vollmachtserklärung vorhanden sei.

Wollte man aber selbst zugeben, dass die Bevollmächtigung auf einem Einverständniss des Vollmachtgebers und des Vollmachtträgers beruhe, und dieselbe einen Vertrag nennen, so würde durch diese Qualifikation nichts gewonnen sein, weil dann ein Vertrag gegeben wäre, dem jede rechtliche Wirkung für die

Vertragssubjekte abginge. Denn die Wirkung des stellvertreterischen Handelns für und gegen den Vollmachtgeber ist Wirkung der Vollmacht zwischen dem Dritten und dem Prinzipal.

Für und gegen den Vertreter würde aber, sofern er als solcher auftritt, d. h. Namens des Prinzipals handelt, eine Wirkung nicht eintreten, auch wenn er vollmachtlos handeln würde, so dass man also nicht sagen kann, es bestehe die Wirkung des Vollmachtsvertrags für den Vertreter in dem Ausschluss der Wirkungen seiner Thätigkeit für und gegen ihn selbst.

Liegt aber das Verhältniss so, dass Jemand auf Ansinnen eines Andern sich verpflichtet, gewisse Geschäfte in seinem Namen zu schliessen, so besteht ein Mandat, aus dessen Nichterfüllung dem Mandanten ein Anspruch auf sein Interesse entsteht. Die Bevollmächtigung kann somit nichts Anderes sein, als ein einseitiger Rechtsakt, der an sich vom Mandat getrennt gedacht und vom Bevollmächtigten benützt oder unbenützt gelassen werden kann. In der Regel aber wird die Bevollmächtigung mit dem Mandat zusammenfallen. Für die Auffassung der Bevollmächtigung als eines einseitigen Rechtsaktes fehlt es in den Quellen nicht an Analogien, selbst wenn man die Stellvertretung in denselben nicht anerkannt finden will. Nicht blos der *iussus* in seinen mannigfaltigen Erscheinungsformen, auch die *praepositio institoris* und *magistri navis*, wie die *concessio peculii* an den Haussohn oder Sklaven sind einseitige Rechtsakte, welche die Natur der Bevollmächtigung theilen (cf. I § 1 D. 15, 4; 25 §§ 2, 5, 8; 50 D. 29, 2; 4; 11 § 2 D. 14, 3; 1 § 12 D. 14, 1; 1 § 5 D. 42, 2; 17 D. 46, 2; vgl. *Buchka*, L. v. d. Stellv. S. 34, 39; *Drechsler*, *actio quod iussu* S. 17, 22; *Mandry*, das gemeine Famliengüterrecht). Hiezu kommen die zahlreichen Beispiele der Quellen von der Möglichkeit der Verfügung über die Rechtssphäre eines Dritten mit Wirkung für diesen. Auch diese Verfügungsmöglichkeit beruht auf einer rechtlichen Macht des Verfügenden, die, abgesehen von der gesetzlichen Stellvertretung, von dem Dritten abgeleitet wird und die man gleichfalls Vollmacht nennen könnte, sollte dieser Begriff nicht für die

eigentlichen Stellvertretungsfälle vorbehalten bleiben. In all' jenen Beispielen findet sich nicht die Andeutung eines Vollmachtsvertrages; vgl. z. B.:

41 § 1 D. 6, 1. „sed et si voluntate domini tradat.“

14 D. 6, 2. „quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta.“

11 p. D. 6, 2. „et mea voluntate alii res sit tradita.“

1 § 2 D. 38, 9. „Proinde procurator meus sine mea voluntate meam bonorum possessionem repudiare non potest.“

9 § 4 D. 41, 1. „an voluntate eius“ u. a. m.

Hier ist überall die Wirkung der Verfügung des Ermächtigten auf die voluntas des Dritten zurückgeführt, also auf ein in seiner Person einseitig vorhandenes Moment, nicht auf einen consensus, der für den Bevollmächtigungsvertrag doch unentbehrlich wäre.

Der einseitige Akt der Bevollmächtigung ist eine Privatwillenserklärung desjenigen, der einen Stellvertreter für sich handeln lassen will. Einen andern Grund für die Stellvertretung in dem hier angenommenen engeren Sinne, wonach die sog. gesetzliche Stellvertretung ausser Betracht bleibt, gibt es nicht. Das öffentliche Amt des gesetzlichen Vertreters ist daher von diesem Standpunkte aus hier nicht zu erörtern; ebensowenig die Verfassung der juristischen Personen, welche deren Organe zum wirksamen Handeln für sie ermächtigt. Auch muss die Anschauung abgelehnt werden, dass für die Pupillarsubstitution der Bevollmächtigungsgrund in der väterlichen Gewalt zu finden sei. Denn hier handelt es sich, wie schon früher gezeigt wurde (s. oben S. 104), gar nicht um einen Fall der Stellvertretung in Rechtsgeschäften eines Dritten.

Mit *Zimmermann* (a. a. O. S. 89) als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vollmacht das Bewusstsein des Bevollmächtigten von der Existenz seiner Vollmacht zu bezeichnen, scheint nicht zutreffend. Der Grund *Zimmermann's*, dass man andernfalls nicht sagen könne, dass der Vertreter domino mandante (42 § 1 D. 41, 2; 3 § 7 D. 37, 1) oder dergleichen gehandelt habe, ist vom Standpunkte der herrschenden Meinung schon deshalb hinfällig, weil sie das römische Recht, dem die Stellvertretung unbekannt

gewesen sein soll, nicht als Beleg für die Voraussetzungen derselben anführen darf. Ausserdem ist dieser Grund nicht stichhaltig, weil zur Stellvertretung nicht ein Handeln im Hinblick auf eine dem Handelnden bewusste Bevollmächtigung nothwendig ist, sondern ein Handeln im Namen eines Anderen genügt, wenn nur die Vollmacht objektiv besteht. Wäre dem nicht so, dann müsste die Möglichkeit der Genehmigung geleugnet werden. — Die Mittheilung der Bevollmächtigung Seitens des Vollmachtgebers an denjenigen, mit welchem der Vertreter kontrahirt, ist weder nothwendig noch genügend, d. h. wenn der Vertreter nicht Namens des Vertretenen handelt, so kommt eine direkte Wirkung für den Vertretenen auch dann nicht zu Stande, wenn dieser dem Dritten Kenntniss von der Existenz der Bevollmächtigung gegeben hatte (A. M. wie es scheint *Zimmermann* a. a. O. S. 89 Note 107 b).

Was den Sprachgebrauch der Quellen hinsichtlich des Bevollmächtigungsbegriffes betrifft, so ist schon zu oft nachgewiesen worden, dass *mandatum* die Bevollmächtigung ebenso wie den Auftrag bezeichnen kann, um hierauf noch näher eingehen zu müssen (vgl. *Zimmermann* a. a. O. S. 89. — *Drechsler*, die *actio quod iussu* S. 22—28). Aber *mandatum* ist nicht die einzige Bezeichnung für jenen Begriff. Gleichbedeutend finden sich *iussus* (z. B. 84 D. 17, 2), *permittere* (z. B. 22 D. 40, 2), *voluntas velle* (z. B. 30 § 1 D. 40, 9; 9 § 8 D. 12, 1; 13 § 6 D. 43, 24); überdiess enthält der Begriff *procurator*, der freilich nicht allein den Stellvertreter bezeichnet, so wenig wie *mandatum* allein die Vollmacht, das Moment der Bevollmächtigung (vgl. 1 D. 1, 19; 5 § 6 D. 13, 5; 67 D. 3, 3 etc.). Gegen die Aufstellung *Amann's* (Ueber den Begriff des Prokurator), dass *procurator* ausschliesslich denjenigen bedeute, der auf den Namen des Vollmachtgebers handle s. *Brinz* im Archiv f. civil. Praxis Bd. 63. S. 327 ff.

Liegt die Ertheilung der Vollmacht zeitlich vor dem Beginne der stellvertretenden Thätigkeit, so ist die Genehmigung ihr Gegenstück, indem sie dieser Thätigkeit nachfolgt. Genehmigung ist die nachträgliche Einräumung der Macht an den Stellvertreter, deren er vom Anfang an bedurft hätte, um das Geschäft sofort mit Wirkung Namens des Vertretenen abzuschliessen. Die

Wirkung der Genehmigung besteht zunächst darin, dass das von dem unbevollmächtigten Stellvertreter Namens des Ratihabenten geschlossene Geschäft für diesen Geltung erlangt. — Sodann hat die Ratihabition rückwirkende Kraft in dem Sinne, dass die Rechtsfolgen des durch Ratihabition zu Stande gekommenen Geschäftes als in dem Zeitpunkte eingetreten gelten, in welchem der unbevollmächtigte Vertreter thätig wurde. Diess muss als Standpunkt der Quellen des in neuerer Zeit dagegen erhobenen Widerspruchs ungeachtet bezeichnet werden (s. hierüber *Zimmermann*, die stellvertretende neg. gestio S. 187 ff.). Dagegen kann die Behauptung, es sei logisch unmöglich, dass eine später eintretende Thatsache Ursache einer früher bereits eingetretenen, nicht aufkommen, weil die Quellen nirgends dieses abnorme Causalverhältniss als vorhanden annehmen, vielmehr über die theoretische Konstruktion der Rückwirkung Stillschweigen beobachten. Als vollkommen ausreichend darf die Konstruktion der herrschenden Meinung erachtet werden, wonach die Rückwirkung Fiktion, d. h. die rechtliche Vorschrift ist, dass das durch die Ratihabition gegenwärtig erst ins Leben gerufene Rechtsgeschäft so wirken solle, als sei es bereits in der Vergangenheit existent gewesen. Der neuerdings von *Zimmermann* (stellv. neg. gestio S. 199 ff.) unternommene Versuch, der Rückwirkung den Charakter der Fiktion abzuspochen und die rückwirkende Thatsache als das Mittel zur Aufklärung über die bis dahin ungewisse Wirkung der vergangenen Thatsache, zugleich aber als Erforderniss (Coëfficienten) des dadurch aufgeklärten Zwischenzustandes aufzufassen, entbehrt der Berechtigung, weil er nichts Anderes besagt, als die Annahme der Fiktion. Ein gegenwärtiger Umstand kann nämlich in Wirklichkeit ebenso wenig Erforderniss wie Ursache eines vergangenen Zustandes sein; — soll er jenes dennoch sein, so ist es nur auf Grund einer Fiktion denkbar. Zur Fiktion (von ihm Rückwirkungssurrogat genannt) nimmt *Zimmermann* selbst wieder seine Zuflucht, soweit die Entstehung oder das Erlöschen von Ansprüchen durch eine rückwirkende Thatsache bedingt ist, indem er (S. 207 a. a. O.) ausführt, dass es in einem solchen Falle so gehalten werde, als ob der Anspruch schon früher bestanden hätte,



bezw. schon früher erloschen wäre. Dass die Rechtsordnung derartige Machtsprüche wirksam erlassen kann, dies ist eben ein Ausfluss ihrer von *Zimmermann* selbst angerufenen „Souveränität“ (a. a. O. S. 202). Muss aber eine Fiktion angenommen werden, so steht die rückwirkende Kraft der Ratihabition der hier vertretenen Stellvertretungstheorie, wonach der Vertretene der Handelnde ist, keineswegs (wie *Zimmermann* a. a. O. S. 192 Note 242 behauptet) entgegen. Denn die Fiktion geht näher dahin, dass durch die Ratihabition, d. i. also durch den Geschäftsabschluss Seitens des Ratihabenten, dieselbe Wirkung herbeigeführt werden sollte, als habe er das Geschäft in der Vergangenheit durch einen Mandatar abgeschlossen. Diese Fiktion ist wohl begründet mit Rücksicht darauf, dass der Ratihabent durch die Ratihabition sich die frühere Thätigkeit des Vertreters als die seinige aneignen will. Hierin liegt keine grössere Anomalie als in der Ratihabition der nicht stellvertreterischen Uebereignung einer dem Ratihabenten gehörenden Sache. Auch hier findet im Momente des Uebereignungsgeschäftes Eigenthumsübergang nicht statt. Durch die Ratihabition aber versetzt der Ratihabent seine Zustimmung zu diesem Geschäft in die Zeit des Abschlusses zurück und bewirkt so, dass der Eigenthumsübergang dennoch als damals erfolgt angesehen wird.

#### IX. Rechtsverhältniss vor der Genehmigung.

Unabhängig von der Frage der Rückwirkung der Ratihabition ist die Frage, welche Bedeutung der Thätigkeit des unvollmächtigten Stellvertreters vor erfolgter Ratihabition zukomme, d. i. ob durch diese Thätigkeit bereits eine rechtliche Gebundenheit auf der einen, eine unentziehbare rechtliche Exspektanz auf der andern Seite geschaffen werde. Man hat die rechtliche Bedeutung des vollmachtlosen Handelns im Namen eines Anderen mit dem suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte verglichen. Es gilt nun, zu untersuchen, ob und in wie weit dieser Vergleich berechtigt ist. *Zimmermann* (a. a. O. §§ 7, 13 ff.), der mit einer einlässlichen Untersuchung vorangegangen ist, geht von der Anschauung aus, dass die Entscheidung in dem Begriffe des „Rechts-

geschäftes“ gesucht werden müsse. Er definiert den Begriff im Wesentlichen gleich der herrschenden Meinung als „eine in eigener oder gleichartiger Angelegenheit vorgenommene Handlung, welche ihrem Wesen nach auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet ist“ (a. a. O. S. 139 Note 164), bekämpft die *Köppen'sche* Definition, wonach Rechtsgeschäft nur diejenige Handlung sei, welche ein Rechtsverhältniss hervorgebracht hat, und gelangt zu dem Schlusse, dass durch die Handlung des unbevollmächtigten Stellvertreters (bei Verträgen im Zusammenflusse mit der Handlung des anderen Kontrahenten) ein Rechtsgeschäft bereits vollkommen fertig zu Stande gebracht sei und dass demgemäss die Ratihabition lediglich einen accessorischen, die juristische Wirkung des bereits fertigen Geschäfts entscheidenden Charakter habe, welches die feste Grundlage für die beabsichtigte Rechtswirkung bilde und für den dominus negotii eine unverkümmerbare Situation für den Ratihabitionsfall schaffe. Diese letztere Konsequenz sei unvermeidlich, denn der unbevollmächtigte Vertreter greife in die Angelegenheiten des Vertretenen ein, um diesen zu ersetzen; wenn nun die Rechtsordnung solches Eingreifen überhaupt anerkenne, so sei dies nur denkbar in der Art, dass durch dieses Eingreifen dem Vertretenen eine rechtliche Befugniss zur Aneignung dieses Eingreifens zuerkannt werde, die ohne seinen Willen nicht beseitigt werden könne (*Zimmermann* a. a. O. S. 141—155).

Die gleichen Resultate können aber auch gewonnen werden, wenn man die *Köppen'sche* Definition des Rechtsgeschäftes gelten lässt. Lässt sich nämlich quellenmässig nachweisen, dass durch die Thätigkeit des unbevollmächtigten Vertreters für den Vertretenen eine unverkümmerbare rechtliche Situation geschaffen wird, so liegt hierin eben eine rechtliche Wirkung, die bereits erzeugt ist, und darum könnte die Thätigkeit des Stellvertreters ein Rechtsgeschäft genannt werden, wenngleich sie nicht jenes Rechtsgeschäft wäre, welches vorliegt, nachdem die Ratihabition eingetreten ist.

Ueberhaupt kann das Resultat einer zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage nothwendigen Untersuchung unmöglich durch die mehr oder minder willkürliche Definition eines Begriffes bedingt sein. Wie man auch die Thätigkeit des unbevollmäch-

tigten Vertreters benennen mag, ob Rechtsgeschäft oder anderswie, so bleibt immer noch zu bestimmen, ob diese Thätigkeit für den Vertretenen eine rechtliche Wirkung habe und welche, gleichwie diese Wirkung beispielsweise bestimmt werden muss für den suspensiv bedingten Kauf, mag nun die Bezeichnung Kauf vor Eintritt der Bedingung zutreffen oder nicht.

Aus diesem Grunde besteht keine Veranlassung, auf den neuerdings so viel umstrittenen Begriff des Rechtsgeschäftes weiter einzugehen. Nur sei gegenüber dem Argumente *Zimmermann's* aus 62 § 1 D. 18, 1 auf die Ausführungen bei *Lotmar* (Ueber causa S. 12 ff.) verwiesen, woselbst bewiesen ist, dass die Quellen Beschreibung der Thatsachen und juristischen Qualifizierung derselben nicht strenge auseinanderhalten, sowie auf die von *Lotmar* mit angezogene 70 D. 18, 1: quod si emptor sciens liberum esse emerit nulla emptio contrahitur.

Die gegenwärtige Untersuchung muss also auf die Quellen und ihre Entscheidungen gerichtet werden. Dass die Quellen die Ratihabitionsmöglichkeit allgemein als ein erworbenes Recht des Vertretenen auffassen, dafür hat man sich auf 24 (al. 23) D. 3, 5 und auf 65, § 8 D. 17, 2 berufen (s. *Regelsberger*, krit. Viertelschr. XI S. 368 f.; *Zimmermann*, die stellvertr. neg. gestio S. 234 Note 315; *Dernburg*, Pfandrecht S. 208 Note 19).

24 D. 3, 5: Si ego hac mente pecuniam procuratori dem ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non acquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor.

Für den Sinn dieser Stelle ist es gleichgiltig, ob man unter dem procurator lediglich einen negot. gestor des Gläubigers oder zugleich einen procurator des Schuldners denkt, denn von Bedeutung wird der Empfänger des Geldes nur als negot. gestor des Gläubigers, wie sich aus den Worten: „quia procurator . . . gessit“ ergibt. Für die Berechtigung des Vertretenen zur Ratihabition sollen die Worte „invito me“, die auf pecuniam suam facere zu beziehen sind (*Brinz*, Pand. I. Aufl. S. 621), beweisen. In einem gewissen Umfange thun sie dies auch, insoweit nämlich,

als sie die Entscheidung enthalten, dass das vom procurator meo nomine besessene Geld in mein Eigenthum auch invito debitore übergeht, sobald ich durch Ratihabition den Willen an den Tag lege, das Geld für mich zu haben. Der Entscheidungsgrund liegt aber keineswegs in der Anerkennung eines erworbenen Rechtes zur Ratihabition, sondern in dem Rechtssatze, dass der Besitz und somit das Eigenthum corpore alieno erworben werden können, und in der selbstverständlichen Voraussetzung, dass ein Dritter, der nicht mehr in der Lage ist, über die Sache zu verfügen, hieran nichts zu ändern vermag. Der Satz: „quia procurator . . . gessit“ zeigt nur an, dass auf Seite des procurator eben der Wille bestand, für den Gläubiger zu erwerben (vgl. auch *Curtius*, Archiv f. civ. Pr. Bd. 58 S. 106). Darüber, ob ein erworbenes Recht des Gläubigers vorläge, wenn der procurator das Geld vor der Ratihabition dem debitor zurückgegeben hätte, enthält die Stelle ebensowenig eine Entscheidung, wie über die Frage, ob die Ratihabition den Eigenthumserwerb zur Folge hätte, wenn der procurator den animus creditori habendi in den animus sibi habendi verwandeln würde.

65 § 8 D. 17, 2: Item scriptum est posse procuratori quoque meo socium meum renuntiare quod Servius apud Alfenum ita notat: esse in potestate domini cum procuratori eius renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem.

Noch weniger als 24 D. 3, 5 enthält diese Stelle einen allgemeinen Ausspruch in dem Sinne, dass unbevollmächtigte Vertretung dem Prinzipal ein unentziehbares Recht zur Ratihabition begründe; sie bestätigt lediglich den Satz, dass eine Aufkündigung der Gesellschaft an den abwesenden socius diesem das Recht gebe, die Vortheile aus der Gesellschaft bis zu dem Momente zu beanspruchen, in welchem er die Aufkündigung in Erfahrung gebracht hat (vgl. *Windscheid*, Pand. § 408 Note 8).

Wenn nun quellenmässig nicht feststeht, dass die Befugniss zur Genehmigung des vollmachtslosen Handelns für den dominus im Allgemeinen als ein erworbenes Recht prädicirt sei, so erübrigt die Prüfung einer Reihe von Einzelentscheidungen, in welchen sich die praktische Anwendung jenes Prinzips zeigen

soll. Es sind dies die Entscheidungen über die Wirkungen des Rücktritts, dann des Todes und des Verlustes der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit, welche in der Person des Vertreters oder des dominus negotii vor der Ratihabition eintreten.

### 1. Rücktritt.

Ganz allgemein wird die Möglichkeit des Rücktritts sowohl Seitens des Vertreters, als des etwa beteiligten Dritten behauptet von *Buchka* (die Lehre von der Stellvertretung S. 211), *Bähr* (Dogmat. Jahrb. VI S. 288), *Ruhstrat* (Dogmat. Jahrb. X S. 212); *Curtius* (im Archiv f. civ. Pr. Bd. 58 S. 106) behauptet zwar nicht die Möglichkeit des einseitigen Rücktritts, wohl aber unbedingt die Zulässigkeit der vertragsmässigen Auflösung jeder Gebundenheit zwischen Dritten und Vertreter. *Lothar Seuffert* (die Lehre von der Ratihabition S. 40 ff.) und *Regelsberger* (krit. Vierteljschr. Bd. XI S. 364 ff.) stehen auf dem gerade entgegengesetzten Standpunkte (s. auch *Windscheid*, Pand. § 74 Note 4). Auf einem vermittelnden Standpunkt steht *Zimmermann* (die stellv. neg. gestio § 19).

*Buchka*, *Ruhstrat* und *Curtius* gehen davon aus, dass durch die Handlung des vollmachten Vertreters für den Vertretenen keinerlei rechtliche Wirkung hervorgebracht werde. Die beiden ersteren halten auch eine rechtliche Wirkung zwischen Vertreter und Dritten für ausgeschlossen.

Nach *Ruhstrat* soll eine Gebundenheit für den Dritten nur unter der Voraussetzung eintreten, dass der Vertreter eine darauf abzielende Vereinbarung mit ihm getroffen hat. Dem hält *Curtius* (a. a. O. S. 106) mit Recht entgegen, dass nach *Ruhstrat's* eigener Auffassung dies eine Vereinbarung über die Gebundenheit des Dritten an einen noch gar nicht existenten Vertrag wäre. *Curtius* selbst nimmt an, dass das Rechtsgeschäft zwischen gestor und Dritten wirksam zu Stande komme und nur noch unentschieden sei, ob für den dominus eine Wirkung eintreten werde.

*Lothar Seuffert* nimmt das Verhältniss zwischen gestor und dominus zur Grundlage und führt aus, dass der Erstere gegenüber dem Letzteren dahin gebunden sei, dass er die Ratihabition nicht vereitle. Der Dritte aber wisse und müsse wissen, dass

diese Gebundenheit bestehe, handle also dolus, wenn er mit dem gestor zum Zwecke der Vereitelung der Ratihabition paktire. Allein diese Begründung leidet an zweifachem Mangel. Einmal ist es lediglich eine Behauptung, welcher der Beweis fehlt, dass der gestor durch Errichtung eines Geschäftes in stellvertretender Absicht dem dominus negotii verbindlich werde dafür, dass dieses Geschäft zur Ratihabition gelangen könne (vgl. auch *Regelsberger*, krit. Vierteljahrsschr XI S. 368); denn nur soviel ist ausgemacht, dass der neg. gestor dem dominus wegen dolus und culpa für den Schaden haftet, den er durch einen Eingriff in das Vermögen des dominus herbeiführt.

Sodann ist die Annahme unzutreffend, dass der Dritte, der mit dem neg. gestor die Aufhebung des Geschäftes paktiren würde, stets in dolo versire; denn ihm fällt überall da unmöglich dolus zur Last, wo er den gestor für einen bevollmächtigten, auch zur Wiederaufhebung von Verträgen legitimierten Vertreter hält.

Der von *Seuffert* versuchte Nachweis aus den Quellen auf Grund der 24 § 1 D. 46, 8 verdient aber schon um desswillen keine Beachtung, weil hier ein Vertragsverhältniss gar nicht in Frage steht. Auch *Regelsberger* (a. a. O.) bekämpft die Beweisführung *Seuffert's*, gelangt aber selbst zu dem gleichen Ergebniss, indem er die Unmöglichkeit des einseitigen, wie des zwischen gestor und Dritten vereinbarten Rücktritts als ein in 24 D. 3, 5 und 58 D. 46, 3 anerkanntes Verkehrsbedürfniss erklärt. Auch *Windscheid* (Pand. § 74 Note 4) begründet die Gebundenheit des Dritten mit Hinweis auf 24 D. 3, 5. Dass diese letztere Stelle zu solcher Aufstellung weder nöthigt noch berechtigt, wurde bereits früher (s. oben S. 117 f.) dargelegt. Es bleibt noch 58 pr. und § 2 D. cit. zu untersuchen:

58 pr. Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit quando liberetur? et ait Julianus cum dominus ratum habuerit tunc liberari. idem ait antequam dominus haberet ratum an condici ex ea causa possit et ait, interesse qua mente solutio facta esset utrum ut statim debitor liberetur, an vero cum dominus ratum habuisset. priori casu confestim posse condici procuratori et tunc demum

extingui conditionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci conditionem cum dominus ratum non habuisset.

§ 2. Et si duo rei stipulandi sunt quorum alterius absentis procuratori tum antequam is ratum haberet interdum alteri solutum est, in pendentem est posterior solutio aequae ac prior, quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.

Im Prinzipium der Stelle wird entschieden, dass für den Fall, wo der Schuldner an den neg. gestor des Gläubigers in Erwartung nachfolgender Genehmigung zahlt, demselben erst dann eine *condictio* (*ob causam*) zustehe, wenn der dominus negotii seine Genehmigung versage, m. a. W. dass der *condictio* des Schuldners vor der Versagung der Genehmigung die *exceptio doli* durch den gestor entgegengesetzt werden könnte. Die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Rücktrittes steht hier gar nicht in Frage. Vielmehr hat zwischen debitor und gestor eine Eigenthumsübertragung *solvendi causa* stattgefunden, die nur bei Ermangelung der *causa* kondiziert werden kann.

Ob auch die freiwillige Rückgabe des Empfangenen, welche zu dem Zwecke geschieht, um das ganze Geschäft rückgängig zu machen, dem dominus die *Ratihabitions*möglichkeit nicht entzieht, d. h. ob trotzdem der dominus durch seine Genehmigung bewirken kann, dass die Leistung an den gestor als *solutio* an den dominus wirkt, folglich der debitor liberirt und der gestor zur Restitution des Empfangenen verpflichtet sei, bleibt, da 58 pr. cit. hierüber sich nicht äussert, noch immer unentschieden. Die Entscheidung wird sich nicht allgemein formuliren lassen. Es wird vor Allem auf das Verhältniss zwischen gestor und dominus ankommen und zu fragen sein, ob jener durch die Rückgabe des Empfangenen *kulpos* gehandelt, und bzw. ob dieser, von der Rückgabe unterrichtet, nicht selbst *dolos* oder *kulpos* handelt, wenn er durch *Ratihabition* der erstmaligen Leistung den debitor befreit.

Allein, selbst wenn man als ausgemacht annimmt, dass die *Ratihabition* in diesem Falle nicht vereitelt werden könne, so erklärt sich dies aus dem Umstande, dass die Uebereignung des

Geldes an den gestor ein Rechtsvorgang ist, der nicht mehr ungeschehen werden kann. Es lässt sich aber hieraus nicht auf die Unmöglichkeit des Rücktritts von einem *Namens* des dominus errichteten oder richtiger versuchten Rechtsgeschäfte schliessen; denn in diesem Falle ist ein fertiger Rechtseffekt, den der dominus genehmigen könnte, nicht vorhanden.

In § 2 der allegirten Stelle wird die Entscheidung, ob die Zahlung an den gestor eines Correalläubigers, oder die spätere Zahlung an den anderen Correalläubiger debiti bzw. indebiti solutio sei, von der Ratihabition oder deren Versagung Seitens des durch den gestor vertretenen Gläubigers abhängig gemacht. Demnach liegt der gleiche Gedankengang wie im principium zu Grunde, für den die gleiche Beurtheilung gelten muss.

Die vermittelnde Meinung *Zimmermann's* geht dahin, dass man unterscheiden müsse zwischen:

- a) einseitigen Rechtsgeschäften,
- b) Verträgen, welche in der erkennbar zu Tage getretenen Erwartung der Ratihabition, und
- c) Verträgen, welche in der erkennbar zu Tage getretenen Unterstellung vorhandener Vollmacht abgeschlossen wurden.

Für die Verträge der ersten Kategorie nimmt *Zimmermann* Unmöglichkeit des Rücktritts, des vereinbarten sowohl wie des einseitigen an, für die der zweiten Kategorie lässt er zwar den Rücktritt an sich zu, jedoch mit der Modifikation, dass der Vertretene durch seine Ratihabition den Rücktritt vereiteln könne. Die Quellenbelege, auf welche diese Ansicht gestützt wird, sind wiederum 24 D. 3, 5 und 58 D. 46, 3. Desshalb ist zunächst auf die obige Erörterung dieser Stellen zu verweisen und nochmals (gegen *Zimmermann* a. a. O. S. 282) hervorzuheben, dass der Entscheidungsgrund in 24 D. 3, 5: „quia gessit“ nichts gegen die Möglichkeit des Rücktritts von Seite des gestor beweist, weil diese Worte nur bezeichnen, dass der procurator der Stelle das Geld im Interesse des Gläubigers in Empfang genommen hat. Würde er aber dieses Geld, das ja in sein Eigenthum gar nicht übergang, an den Schuldner zurückgegeben haben, so könnte eine Ratihabition wegen mangelnden Substrats niemals Eigenthums-erwerb des Dominus an dem Gelde (*suam facere*), sondern



höchstens die Entstehung des *actio neg. gest.* auf Entschädigung bewirken. Wenn *Zimmermann* weiter für die Verträge der zweiten Kategorie aus den Worten der 58 p. cit. „*confestim posse . . . habuisset*“ den Schluss zieht, dass Rücktritt möglich sei, solange nicht die Genehmigung vorliegt, so entsteht eben die Frage, ob diese Folgerung nicht noch für andere Fälle der vollmachtlosen Vertretung gezogen werden müsse. (Hierüber siehe das Nähere S. 124.)

Für die einseitigen Rechtsgeschäfte verweist *Zimmermann* zum Belege der Unzulässigkeit des Rücktritts auf 24 § 1 D. 46, 8:

An autem et si mortuus fuisset qui petisset (bonorum possessionem) vel furere coeperit ratum haberi possit videamus: nam si in universum perinde haberi debet ac si tunc cum ratum habeat per eum bonorum possessionem petat frustra his casibus ratum habetur, sed illud consequens futurum etiam si paeniteat illum petisse ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum, rectius itaque dicitur neutram causam impedire *ratihabitionem*.

Ein weiterer Ausspruch über den Rücktritt bei einseitigen Rechtsgeschäften findet sich in den Quellen nicht. Mit Recht aber betont *Zimmermann*, dass die Absurdität für alle Rechtsgeschäfte dieselbe bleiben müsse. Zu fragen ist daher, worin denn dieses absurdum zu finden wäre. Dass Jemand, weil ihn seine Handlung reut, durch seine Willensänderung die Wirkungen jener Handlung verhindert, kann nicht als absurd erklärt werden, weil diese Möglichkeit vielfach anerkannt ist, so z. B. bei letztwilligen Verfügungen (*ambulatoria est voluntas*), beim Mandat, der *praepositio institoris* (11 § 2 D. 14, 3). Die Absurdität könnte daher nur in der Annahme gefunden werden, dass das einmal Geschehene ungeschehen gemacht werden wollte. So wäre es absurd anzunehmen, dass die derelinquirte Sache von einem Dritten dann nicht mehr sollte okkupiert werden dürfen, wenn den Derelinquenten die Dereliktion gereut, oder dass das *interdictum quod vi aut clam cessare*, sobald den gewaltsam oder heimlich Handelnden sein Handeln gereue. Ebenso wenig wie diese Fakta kann das Faktum ungeschehen werden, welches der vollmachtlose Vertreter dadurch in die Welt gebracht hat, dass er die *bonorum possessio* Namens eines Anderen postulierte (*facti*

autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt 12 § 2 D. 49, 15).

Wenn also dieser Andere jenes Factum mit seinem Willen erfüllt, sich dasselbe als das seinige aneignen will, so kann ihn daran unmöglich verhindern, dass derjenige, der das Factum hergestellt hat, dasselbe aus der Welt schaffen möchte.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist aber, wie mir scheint, in allen Fällen des vollmachtlosen Handelns eine gemeinsame Grundlage der Entscheidung zu gewinnen, die sich also formuliren lässt: Wo immer der Rücktritt identisch wäre mit der Beseitigung eines Factum, da muss derselbe als unmöglich erklärt werden (vgl. *Wächter*, Württemb. Privatr. II S. 682). Wendet man diesen Satz auf die vollmachtlose Vertretung in zweiseitigen Rechtsgeschäften an, so ergibt sich Folgendes:

1. Der einseitige Rücktritt des Vertreters ist wirkungslos.
2. Der einseitige Rücktritt des anderen Betheiligten verhindert den Eintritt der Rechtswirkung seiner Willenserklärung unter denselben Voraussetzungen, unter welchen er sie verhindern würde, wenn er mit dem Vertretenen selbst in direkte Beziehung getreten wäre, m. a. Worten seine Willenserklärung ist dem Vertretenen gegenüber eine Offerte, die so lange durch seine Willensänderung wirkungslos gemacht werden kann, als es bei der Offerte überhaupt möglich ist (*Wächter* a. a. O. S. 682).
3. Der vereinbarte Rücktritt steht dem einseitigen Rücktritt des dritten Betheiligten gleich, weil er sich aus dem Rücktritt des Letzteren und der rechtlich wirkungslosen Erklärung des Vertreters zusammensetzt.

Durch rechtzeitige Ratihabition kann daher der Ratihabent in allen zweiseitigen Rechtsgeschäften dem Rücktritt des Dritten zuvorkommen. Soll aber die Ratihabition diese Wirkung haben, so muss sie demjenigen gegenüber erklärt werden, dem bei vollmachtgemässer Vertretung die Bevollmächtigung hätte zur Kenntniss gebracht werden müssen. Diese Nothwendigkeit folgt aus der Gleichheit der Wirkungen von Vollmacht und Genehmigung und aus dem Zwecke der Genehmigung, den Mangel der Voll-

macht zu ersetzen, d. h. die Thätigkeit des Vertreters nachträglich als eigene so anzuerkennen, wie dieselbe bei der Bevollmächtigung voraus bestimmt wird. Wegen dieses Zweckes der Ratihabition, wonach sie von der Bevollmächtigung lediglich zeitlich verschieden ist, geht es nicht an, den Satz *ratihabito mandato comparatur* auf die Gleichheit der Wirkung von Ratihabition und Vollmacht zu beschränken.

Aber es fehlt auch der positive Quellenbeweis für den obigen Satz nicht. Vor Allem sind hieher diejenigen Stellen zu zählen, welche den allgemeinen Satz bestätigen, dass in Verträgen nur diejenigen Willenserklärungen von rechtlicher Bedeutung sind, welche an den Vertragsgegner (oder dessen Stellvertreter) gerichtet und diesem zugekommen sind (*Regelsberger*, Vorverhandlungen S. 3—17); denn die Genehmigung ist gleich der Bevollmächtigung eine Erklärung innerhalb des Vertrags, nicht, wie *Zimmermann* (a. a. O. S. 161) annimmt, ausserhalb desselben, da die Erklärung des Vertreters ohne die Vollmacht oder Genehmigung keine Wirkung im Verhältniss zwischen dem Vertreter und dem Dritten äussert. Zu jener Annahme kann man eben nur auf Grund der herrschenden Meinung gelangen, wonach der Vertreter als Kontrahent anzusehen ist, das zwischen ihm und dem Dritten abgeschlossene Geschäft den fertigen Kontrakt darstellt. Unsere These wird aber auch durch mehrere von der Ratihabition unmittelbar handelnde Stellen erwiesen; freilich hat die Mehrzahl der Stellen, in welchen Ratihabitionsfälle besprochen sind, gar nicht die Genehmigung einer stellvertretenden Thätigkeit, sondern die eines Eingriffs in das Vermögen des Ratihabenten zum Gegenstande. Für diese Ratihabitionsfälle wird nur allgemein gesagt, dass Ratihabition nothwendig sei, wenn die Wirkung für den *dominus negotii* eintreten solle; hier würde ja auch eine Mittheilung der Vollmacht an den Dritten nicht erforderlich sein (vgl. 20 p. D. 13, 7; 16 § 1 D. 20, 1).

Dagegen sind folgende Stellen zur Berücksichtigung ins Auge zu fassen:

- a) 4 § 1 und 5 D. 23, 1: *Denique constat et absenti absentem desponderi posse et hoc cottidie fieri: haec ita si scientibus his qui absunt sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.*

Wenn die Sponsalien, wie aus der Definition in 1 D. 23, 1 und aus 4 p. D. eodem (sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia) und aus 11 D. eodem (sponsalia . . . . consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet) sich ergibt, den **Konsens** der sich Verlobenden erfordern, d. i. die Vereinigung ihrer, auf die Verlobung gerichteten Willenserklärungen, so kann bei vollmachtloser Vertretung des Einen die Ratihabition desselben unmöglich wirksam sein, wenn sie nicht dem Andern gegenüber erklärt wird, weil nur so der unentbehrliche consensus contrahentium herbeigeführt wird.

- b) 6 § 1 D. 43, 26: Si procurator meus me (mandante vel) ratum habente precario rogaverit ego precario habere proprie dicor.

Das habere precario setzt den Konsens des Prekaristen und des Hingebenden voraus; fehlt dieser auf einer Seite (weil ein vollmachtloser Vertreter intervenirt), so kann er durch Ratihabition nachträglich zu Stande kommen, begriffsmässig aber nur so, dass die Ratihabition dem Vertragsgegner ausgedrückt werden muss.

- c) 9 § 1 C. 4, 5: Citra mandatum autem ab alio re distracta, dominus evicta re, vel ob praecedens vitium satis emptori faciens, non indebitum solutum pretendere potest, sed per huius modi factum ratum contractum habuisse probans a se debitum ostendit esse solutum, und 66, 3 D. 21, 2 (s. oben S. 61).

Werden diese beiden Stellen, wie früher (s. oben S. 61) zu begründen versucht wurde, von der unmittelbaren Stellvertretung verstanden, so führt die Nothwendigkeit des **Konsenses** zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zu dem Ergebniss, dass die Ratihabition nur dem Dritten gegenüber wirksam erklärt werden konnte. Das Gleiche folgt aus 4 C. 7, 26, wo die Ratihabition einer venditio geradezu als kontraktlicher **Konsens** bezeichnet wird. Auch dürfen zum Belege für die zweiseitigen Rechtsgeschäfte angeführt werden:

56 D. 5, 1: . . . . tamen et si quis cum procurator non esset litem sit contestatus deinde ratum dominus habuerit videtur retro res in iudicium recte deducta

und

§ D. 46, 8: Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem quam procurator inchoasset dominus comprobans persequeretur non esse commissam stipulationem.

Die deductio rei in iudicium konnte nicht einseitig geschehen, sie war ein zwischen beiden Parteien vor sich gehender, prozessualer Akt, konnte daher nur mit dem Bewusstsein beider Theile von seiner Vornahme wirksam erfolgen. War daher ein unbevollmächtigter Vertreter für eine Partei aufgetreten, so galt res in iudicium deducta für den Vertretenen jedenfalls insolange nicht, bis dieser in einer prozessförmlichen Weise, d. h. dem Gegner, die Ratihabition erklärt hatte.

Endlich sei auf einzelne einseitige Rechtsgeschäfte verwiesen, wie die praepositio institoris und die bonorum possessionis agnitio.

Die praepositio institoris war ein Verhalten, durch welches der Geschäftswelt gegenüber an den Tag gelegt wurde, dass der institor in einer gewissen Geschäftssphäre mit Wirksamkeit für den dominus handeln dürfe. War diese praepositio von einem vollmachten Vertreter ausgegangen, so konnte sie den dominus nur verpflichten, wenn er ratihabirte. Solche Ratihabition konnte aber ganz naturgemäss nur dann wirksam sein, wenn sie den mit dem institor in Verkehr tretenden Personen zum Bewusstsein gebracht wurde, gerade so, wie bei bevollmächtigter praepositio die Bevollmächtigung zur Kenntniss derselben gelangt sein musste.

Die agnitio der bonorum possessio aber, die eine Anmeldung des Delaten beim Prätor unter Berufung auf das Edikt war, konnte die prätorische Succession nur dann zur Folge haben, wenn der Delat oder mit seiner Vollmacht ein Dritter dem Prätor sich meldete. Hatte sich ein unbevollmächtigter Dritter dem Prätor für den Delaten gemeldet, so hatte diese Meldung erst dann die Wirkung der prätorischen Erbfolge, wenn der Vertretene diese Anmeldung ratihabirte, d. h. dem Prätor erklärte, er eigne sich diese Anmeldung an.

Gegen die bisher gewonnenen Resultate lässt sich auch nicht, wie *Zimmermann* will (a. a. O. S. 163), für den Satz, dass

die Ratihabition giltig jedem Dritten gegenüber erklärt werden könne, die 66 D. 46, 1 anführen:

Si servus alienus pro Titio fideiussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit: nam qui mandati agit ratum habere solutionem videtur.

Denn dass es sich hier nicht um Ratihabition einer stellvertretenden Thätigkeit, sondern lediglich um die Genehmigung einer Verfügung über des Ratihabenten Vermögen handelt, ist nicht, wie *Zimmermann* (a. a. O. S. 164 Note 200) sagt, gleichgiltig, sondern von dem allerentscheidendsten Gewichte. Ueberdiess geschieht auch hier die Ratihabition nicht einem beliebigen Dritten, sondern demjenigen gegenüber, für den die ratihabirte Zahlung eine direkte Wirkung, nämlich die liberatio, herbeiführte.

## 2. Tod und Verlust der Handlungsfähigkeit.

Wenn man festhält, dass durch die vollmachtslose Thätigkeit eines Vertreters eine Rechtswirkung für oder gegen den Vertretenen nicht herbeigeführt werden kann, dass demnach die vollmachtslose Vertretung in einseitigen Geschäften nichts ist, als ein rechtlich zunächst gleichgiltiges Factum, dass in zweiseitigen Rechtsgeschäften aber der dritte Kontrahent dem Vertretenen gegenüber als Offerent erscheint, so ergibt sich für die Beurtheilung des Einflusses, welchen Tod oder die spätere Handlungsunfähigkeit eines Betheiligten auf die Perfektion des durch den Vollmachtslosen versuchten Geschäftes äussern, Folgendes:

- I. Der Tod des Vertreters ist gleichgiltig, weil von ihm nichts weiter ausging, als ein keinesfalls, zu beseitigendes Factum (24 § 1 D. 46, 8).
- II. Der Tod des dritten Kontrahenten ist gleichgiltig, wenn man annimmt, dass die Offerte die Erben bindet (Handels-gesetzbuch Art. 297); er befreit die Erben von jeder Gebundenheit, wenn man von der gegentheiligen Meinung ausgeht (*Windscheid*, Pand. § 307 Note 9).
- III. Beim Tode des Vertretenen wird zunächst festzustellen sein, ob der dritte Kontrahent die Offerte nur an die Person

des Verstorbenen oder auch eventuell an dessen Erben gerichtet hatte, und demnach der Vertreter nur für jene, oder auch eventuell für diese handeln wollte. Erstenfalls hört jede Gebundenheit des dritten Kontrahenten auf, letzterenfalls bleibt dieselbe in gleicher Weise bestehen, wie sie bestehen würde, wenn der Vertretene noch lebte.

Demgemäss darf von einem vererblichen Ratihabitionsrechte des Vertretenen nicht gesprochen werden.

Das Gegentheil lehrt *Zimmermann* (a. a. O. § 14). Er führt zunächst aus, dass das ratihabitionsbedürftige Geschäft zwar mit dem suspensiv bedingten grosse Aehnlichkeit habe, sich jedoch von diesem wesentlich dadurch unterscheide, dass die Ratihabition ein nicht bloß mechanisch (wie der Bedingungsumstand), sondern mit Wissen und Willen wirkender Akt sei, wodurch der Prinzipal ein in seinem Namen vorgenommenes Geschäft gutheisse. Während daher die in das Handeln eines Dritten gestellte Bedingung im Zweifel als nicht eingetreten zu erachten sei, wenn nicht eben der Dritte in Person handle, müsse die Ratihabition als ein eigenthümliches Recht des Prinzipals aufgefasst werden, welches, wie andere Rechte, sich vererbe, also auch von den Erben noch wirksam ausgeübt werden könne.

Demgegenüber kann wohl zugegeben werden, dass das ratihabitionsbedürftige Geschäft keineswegs ein suspensiv bedingtes ist, allein der Akt der Ratihabition ist so sehr und so wenig ein mechanisch wirkender, wie irgend ein zur Bedingung eines Rechtsgeschäftes gesetztes Handeln einer Person. Seiner allgemeinen und prinzipiellen Ausführung fügt *Zimmermann* den Versuch des Quellenbeweises an. Vorerst findet er eine Bestätigung seiner Theorie in:

18 D. 46, 8. Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit et unus ex heredibus domini ratum habeat alter non habeat sine dubio comittitur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia in id comittitur, quod stipulatoris interest.

In dieser Stelle sei nämlich die Möglichkeit, dass die Erben ratihabiren, ganz unbefangen unterstellt. *Regelsberger* hat schon gegen *L. Seuffert*, der die Vererblichkeit des Ratihabitionsrechts

ebenfalls auf 18 D. 46, 8 gründete (die Lehre von der Ratihabition, S. 26 f.), darauf aufmerksam gemacht, dass der Erbe in dem Casus der Stelle in das den Gegenstand des von dem Prokurator geführten Prozesses bildende materielle Rechtsverhältniss einrücke, dass er deshalb auch ein Wort darein zu sprechen habe, ob der Prokurator den Prozess mit einer für ihn verpflichtenden Kraft führen könne, dass demnach die Entscheidung der Stelle, weil das Genehmigungsrecht des Erben nicht eins sei mit dem des Erblassers, für die Frage der Vererblichkeit des Ratihabitionsrechtes nicht verwerthet werden könne (Krit. Vierteljahrsschr. Bd. XI S. 367).

*Zimmermann* macht aber gegen *Regelsberger's* Deduktion Folgendes geltend:

- a) Die Konsumtion des im Prozess befangenen Rechtsverhältnisses ist vor der Ratihabition in Schwebe. Dass dieser Schwebezustand auch noch von den Erben des Vertretenen entschieden werden könne und nicht vielmehr erlösche, ist keineswegs nothwendig oder selbstverständlich.
- b) Wenn nun die Quellen die Pendenz nach dem Tode des Erblassers dennoch fort dauern lassen, so beruht dies auf der Auffassung des Pendenzverhältnisses als solchem. Desshalb ist nicht abzusehen, warum diese Fortdauer beschränkt sein soll auf die Fälle, wo der Stellvertreter ein in der Person des Prinzipals schon bestehendes Rechtsverhältniss aufzuheben oder zu verändern gedachte, warum sie nicht gerade so gut dann gelten soll, wenn der Stellvertreter in der Person des Vertretenen nur ein Rechtsverhältniss zur Entstehung bringen wollte.
- c) Das Genehmigungsrecht des Erben ist kein neues; denn es wäre höchst auffallend, wenn das vom Stellvertreter geschlossene Geschäft Personen, in deren Namen er gar nicht gehandelt hat, ein besonderes, d. h. nicht vom Erben abzuleitendes Genehmigungsrecht verschaffen würde.

Hiebei übersieht aber *Zimmermann*, dass in den Fällen der wahren Stellvertretung durch die Genehmigung ein Rechtsverhältniss zwischen dem Vertretenen und dem dritten Kontra-



en begründet werden soll, während in 18 D. cit. und in all Fällen, wo ein Unbevollmächtigter über das Vermögen des Minus disponirt, der Letztere durch die Genehmigung zu demten in keinerlei directe rechtliche Beziehung tritt. Würde daher aus 18 D. cit. gefolgert werden dürfen, dass das dort besprochene habitionsrecht vererblich sei, so könnte dies keinen Schluss Stellvertretungsfälle gestatten. Dazu kommt, dass der 18 D. cit. folgender einfache Fall zu Grunde liegt: Ein Vertreter vertritt, über ein Recht des Vertretenen, z. B. das Eigenthum, die Prozessführung zu disponiren; der Vertretene stirbt vortheilung seiner Genehmigung. Das im Prozess befangene Eigenthum geht auf den Erben über. Der Versuch des Vertreters wandelt sich also nunmehr in einen solchen zur Verfügung des Eigenthum der Erben. Durch ihre Genehmigung disponiren sie demnach über ihr Eigenthum, und dies hat keineswegs etwas Auffallendes, wie ein Beispiel zeigen wird: Wenn A die Sache des B ohne Vollmacht verkauft und tradirt, in der Meinung, die Sache sei Eigenthum des C, so kann er nur im Namen des C gehandelt haben, wenn er überhaupt in stellvertretender Weise veräussert hat. Wenn nun B von dieser Äusserung erfährt, so steht es ihm ohne Zweifel zu, diese Äusserung zu genehmigen kraft eigenen, nicht kraft eines von ihm geleiteten Rechtes, und zwar um desswillen, weil es sich gar nicht um ein besonderes Recht zu ratihabiren, sondern um einen Verlust des Eigenthumsrechtes des B handelt (vgl. noch 16 § 1 20, 1 und *Zimmermann's* eigene Erörterung a. a. O. S. 249, wo er von dem Uebergang des Ratihabitionsrechtes auf den legalen successor spricht, während doch auf diesen offenbar nur das Eigenthumsrecht übergeht).

Der gleiche Entscheidungsgrund trifft für die von *Zimmermann* weiter zum Belege angeführten 22 § 6 D. 46, 8 und 58 D. 46, 1 zu.

22 § 6 D. 46. 3, Si procuratori eius qui mortuus erat sine iudice soluta fuerint legata stipulatio comittetur, nisi heres ratum habuerit, utique si debita fuerint: tunc enim non dubie interest stipulatoris ratam solutionem ab herede haberi, ne bis eadem praestet.

58 § 1 D. 46, 1. Si creditor cuius ignorantis procuratori solutum est, arrogandum se dederit, sive ratum habuit pater rata solutio est, sive non habuit, repetere debitor potest.

Aus der ersten Stelle folgert *Zimmermann* (a. a. O. S. 238), dass Julian die Möglichkeit der Ratihabirung einer Erfüllungsannahme Seitens der Erben gar nicht bezweifle, sondern sich nur unter dieser selbstverständlichen Voraussetzung mit der Frage befasse, ob die stipulatio de rato fällig werde, wenn der Erbe nicht ratihabirt.

Zu dieser Folgerung berechtigt der Inhalt der Stelle nicht. Julian bespricht einen ganz bestimmten einzelnen Fall. Er setzt voraus, dass ein Prokurator ohne Vollmacht die Legate in Empfang genommen hatte, welche der Dominus zu fordern berechtigt war, dass dieser aber gestorben ist, bevor er ratihabiren konnte. In diesem Falle, so dürfen wir den Gedankengang des Juristen ergänzen, geht das Recht auf die Legate, m. a. W. die Legatsforderung auf die Erben über. Der Prokurator, an welchen geleistet ist, hat demnach etwas in Händen, worauf die Erben Anspruch haben. Zufolge dieses ihres Anspruchs auf den Leistungsgegenstand können sie sich durch die Leistung an den Prokurator für befriedigt erklären. Dass die Ratihabition eines indebitum solutum durch die Erben des Dominus wirksam geschehen könne, wird in keinem Worte angedeutet. Aber zugegeben, dass diese Ratihabition zulässig sei, so beruht dieselbe wiederum nicht auf einem ererbten Ratihabitionsrechte, sondern auf dem Umstande, dass die Erben ihren vermeintlichen Anspruch sich durch die Leistung an den Prokurator befriedigen lassen. Es muss nämlich solchenfalls angenommen werden, dass die Erben der Meinung sind, es habe ihrem Erblasser der Anspruch auf die vom Prokurator in Empfang genommene Leistung wirklich zugestanden, da sie andernfalls ein Furtum begehen würden. Sind sie aber dieser Meinung, so üben sie durch die Genehmigung der indebiti solutio ihr eigenes vermeintliches Recht aus, und weil dieses Recht nur ein vermeintliches war, eben darum steht dann dem Leistenden gegen die Erben die condictio indebiti auf Herausgabe dessen zu, was die Erben durch

die Ausübung ihres vermeintlichen Rechts in ihr Vermögen erhalten haben.

Die zweite der oben mitgetheilten Stellen bezeugt wiederum, wie 18 D. 46, 8, nicht mehr als den Satz, dass der Berechtigte jederzeit eine ohne seinen Willen vorgenommene Verfügung über den Gegensand seiner Berechtigung durch seine Zustimmung wirksam machen kann. Berechtigt zur Empfangnahme der Zahlung erscheint nämlich durch in Mitte liegende Arrogation der pater arrogator; er kann daher auch die an einen Unbevollmächtigten geschehene Leistung als Erfüllung gelten lassen.

Noch erübrigt die Betrachtung eines argumentum a contrario, welches *Zimmermann* (a. a. O. S. 237) in 7 D. 46, 8 erblickt:

Si is cui ignorantia petita est bonorum possessio decesserit heres ejus intra tempora petitionis ratam eam habere non potest.

Indem nämlich hier mit Rücksicht auf die Unvererblichkeit der Delation (3 § 7 in fine D. 37, 1) die Ratihabitionsmöglichkeit den Erben des Delaten versagt werde, sei zugleich anerkannt, dass in Ermangelung solch besonderer Hindernisse diese Möglichkeit bestehe.

Von der hier vertretenen Anschauung aus sagt die Stelle nur, dass eine Ratihabition der agnitio bonorum possessionis ebensowenig von demjenigen rechtswirksam ausgehen kann, dem nicht deferirt war, wie die Annahme einer Offerte von demjenigen, an den sie nicht gerichtet war.

Die für den Fall des Todes gewonnenen Resultate finden gleiche Anwendung für den Fall des Verlustes der Handlungsfähigkeit oder der Beschränkung derselben mit der Massgabe, dass überall die Frage der Vererblichkeit des angeblichen Ratihabitionsrechtes gar nicht auftauchen kann. Alle Rechte und Pflichten, die der Vertretene durch die Ratihabition begründen könnte, wenn er vollkommen handlungsfähig geblieben wäre, können nunmehr nur durch die Ratihabition seines gesetzlichen Vertreters, oder soferne nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit in Frage ist, durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Ratihabition der beschränkt Handlungsfähigen begründet werden.

Hievon ausgenommen sind jedoch die Fälle, in welchen die Vornahme der zu ratihabirenden Thätigkeit durch einen gesetzlichen Vertreter mit Wirkung für den Vertretenen unzulässig wäre, z. B. der Abschluss einer Ehe, die Errichtung eines Testaments, die Antretung einer Erbschaft (s. oben S. 98 Nr. 3 104 f.). Was speziell den Erbschaftserwerb anlangt für den Fall, dass ein Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat, der Vertretene aber vor der Genehmigung furiosus wurde, sagt 16 D. 37, 1:

Quotiens is cui bonorum possessio ab altero postulata est, fuerere coeperit, magis probatum ratum eum videri habuisse: rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.

In dieser Stelle ein „non“ vor videri einzuschalten, wie *Mommsen* vorschlägt, scheint mir desshalb nicht zulässig, weil dann die Stelle nicht nur allzu trivial, sondern nicht einmal sprachlich richtig wäre; denn dass derjenige, welcher vor der Ratihabition wahnsinnig geworden ist, nicht nur nicht ratihabirt zu haben scheint, sondern ganz gewiss nicht ratihabirt hat, steht wohl ausser Zweifel.

Diese Thatsache zum Gegenstande einer besonderen juristischen Erwägung gemacht zu haben, darf einem römischen Juristen nicht zugemuthet werden. Es wird daher angenommen werden müssen, dass zu Gunsten des Delaten bei der bonorum possessio die Ratihabition als geschehen solle fingirt werden (s. auch *Zimmermann* a. a. O. S. 166 Note 203).

### 3. Verlust der Dispositionsbefugniss.

Zwischen dem unbevollmächtigten Vertreter und dem dritten Kontrahenten kann Namens des Vertretenen eine Verfügung über bestehende Rechte eingeleitet werden. Diess ist in doppelter Art möglich: entweder so, dass über ein dem dritten Kontrahenten, oder so, dass über ein dem Vertretenen zustehendes Recht zu verfügen beabsichtigt wird. Eine dritte Möglichkeit besteht nicht. Wenn *Zimmermann* (a. a. O. S. 246) als dritte Möglichkeit annimmt, dass über ein dem Vertreter zustehendes Recht verfügt werde, so zeigt seine eigene Darstellung, dass diese Möglichkeit mit dem Wesen der Stellvertretung keinerlei inneren

Zusammenhang hat. *Zimmermann* setzt zwei Fälle als möglich: einmal, dass der Vertreter Namens des Vertretenen über ein ihm zustehendes Recht so verfügt, dass diese Verfügung sofort entschieden, d. h. dem Dritten sofort hieraus ein Recht erworben sein soll, der Vertreter aber kondiziren könne, falls der Vertretene nicht genehmigt. Der zweite mögliche Fall sei der, dass die Verfügung über das Recht des Vertreters in ihrer Wirksamkeit abhängig sein solle von der Ratihabition als einer *conditio juris*. In beiden Fällen leuchtet ein, dass eine Genehmigung im juristischen Sinne hier gar nicht vorliegt, so weit es sich um die Verfügung über das Recht des Vertreters handelt. Denn man kann genehmigen nur, wo ein Anderer in unseren Rechtskreis eingegriffen bzw. eine Thätigkeit entfaltet hat, die er entweder gar nicht, oder nur als die unsrige wirken lassen will. Der rechtliche Zweck aber, um dessenwillen der Vertreter die Verfügung über sein Recht vorgenommen hat, ist von ihm entweder als Bedingung seiner Verfügung gesetzt oder nicht. Letzteren Falles kann er bei Nichterreichung des Zweckes nur kondiziren, ersteren Falles liegt nicht eine *conditio juris*, sondern eine gewillkürte Bedingung vor, da die Ratihabition eines Dritten kein Essentiale für die Wirksamkeit der Verfügung eines Verfügungsberechtigten bildet. Wenn also beispielsweise A seine Sache dem B übereignet, um ihm Namens des C zu schenken, so ist die Uebereignung keinesfalls eine stellvertretende des C, sondern eine entweder zum Zwecke oder unter der Bedingung der (stellvertretenden) Schenkung des C an den B vorgenommene Uebereignung des A an den B.

Soweit nun die Anbahnung einer Verfügung über bestehende Rechte bei Verhandlungen mit einem unbevollmächtigten Stellvertreter möglich ist, wird die Frage von Bedeutung, ob die anderweitige Verfügung über dasselbe Recht, welche vor Eintritt der Ratihabition getroffen wird, eine rechtliche Wirkung gegenüber dem Vertretenen, bzw. dem dritten Kontrahenten habe.

Konkreter lässt sich die Frage so formuliren:

- a) Welchen Einfluss hat die vor der Genehmigung getroffene anderweitige Verfügung des Dritten über das

Recht, über welches er gegenüber dem unbevollmächtigten Vertreter zu Gunsten des Vertretenen verfügen zu wollen bereits erklärt hat?

Der Dritte hat beispielsweise an den Vertretenen eine Forderung durch den unbevollmächtigten Vertreter zu cediren beabsichtigt, vor Eintreffen der Genehmigung aber dieselbe Forderung einem Vierten definitiv cedirt. Die herrschende Doktrin lehrt, dass durch die Ratihabition wohlerworbene Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden könnten und nimmt demgemäss an, dass die inzwischen, d. h. vor der Ratihabition getroffene Verfügung des Dritten durch die Ratihabition in ihrer Wirksamkeit nicht alterirt werde, dass also, um bei dem gewählten Beispiele zu bleiben, der Vierte trotz Ratihabition des Vertretenen der alleinige Forderungsberechtigte in Folge der Cession bleibe. *Zimmermann* erklärt dagegen (a. a. O. S. 247, II) solche Dispositionen der Zwischenzeit dem Vertretenen gegenüber als wirkungslos, weil durch die Erklärung des Dritten gegenüber dem unbevollmächtigten Vertreter fester Grund dafür gelegt sei, dass der Prinzipal den ihm zugedachten rechtlichen Vortheil sich aneignen könne. Diese Folgerung beruht auf der Annahme eines durch den Vertreter für den Vertretenen erworbenen Ratihabitionsrechtes, die sich, wie bereits gezeigt wurde, quellenmässig nicht begründen lässt. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus entscheidet sich die aufgeworfene Frage lediglich aus der Bedeutung der Offerte des Dritten an den Vertretenen. Muss dieser die Bedeutung zuerkannt werden, dass sie den Offerenten bis zur Ratihabition bindet, so kann er vorher allerdings nicht plus juris in alium transferre, quam ipse habet.

Bindet aber die Offerte den Offerenten nicht, so liegt in der anderweitigen Disposition desselben ein Widerruf der Offerte, so dass die nachher erfolgende Ratihabition kein Substrat mehr vorfinden würde.

b) Welchen Einfluss hat die vor der Genehmigung getroffene anderweitige Verfügung des Vertretenen über das Recht, welches der unbevollmächtigte Vertreter zum Gegenstand der Verfügung zu machen beabsichtigte?

Auch diese Frage ist dahin zu beantworten, dass nachfolgende Ratihabition die vorhergegangene einem Vierten gegenüber getroffene Verfügung nicht unwirksam zu machen vermag, weil die Wirksamkeit jener Verfügung in Ermangelung jeder rechtlichen Gebundenheit des Vertretenen sogleich endgiltig entschieden ist. Es macht hiebei keinen Unterschied, ob der Vertretene von der Thätigkeit des Vertreters Kenntniss hatte oder nicht. Denn er hat sich durch seine unbedingte Verfügung ausser Stand gesetzt, über den Gegenstand derselben durch Ratihabition noch einmal wirksam zu verfügen.

Wenn daher beispielsweise der unbevollmächtigte Vertreter Namens des Vertretenen eine diesem zustehende Forderung cedirt hat und die Genehmigung dieser Cession erst erfolgt, nachdem der Vertretene dieselbe Forderung einem Vierten cedirt hatte, so ist nur die Cession an den Vierten wirksam. Die gleiche Frage kann entstehen, wenn der Vertretene nicht einem Vierten, sondern dem Dritten selbst, bzw. dessen bevollmächtigtem Vertreter gegenüber eine Verfügung trifft, bevor er die von dem unbevollmächtigten Vertreter angebahnte Verfügung ratihabirt hat, z. B. der Vertreter tradirte dem Dritten übereignungshalber eine Sache des Vertretenen. Bevor der Vertretene davon erfährt, verpfändet er diese seine Sache dem Stellvertreter des Dritten; dann ratihabirt er die zu seiner Kenntniss gelangte Eigenthumstradition, oder umgekehrt, der Vertreter hatte verpfändet, der Vertretene tradirt zum Eigenthume und genehmigt nachher die Verpfändung. Es ist klar, dass in diesen Fällen der Vertretene durch die Ratihabition eine Veränderung der durch ihn unmittelbar begründeten Rechtsverhältnisse nur insoweit herbeiführen kann, als er sich nicht durch die vor der Ratihabition vorgenommenen Handlungen der rechtlichen Macht zu solcher Veränderung bereits begeben hat.

In dem zweiten der angeführten Beispiele kann daher die Ratihabition der Verpfändung keine Wirkungen erlangen, denn durch die in Mitte liegende Uebereignung hat der Ratihabent sich ausser Stand gesetzt, über die Sache zu disponiren; im ersten Beispiele bewirkt er durch seine Ratihabition die Uebereignung und folgegемäss die Konfusion des Pfandrechts. Eine

Unterscheidung, je nachdem der Ratihabent bei seiner der Ratihabition vorausgehenden Verfügung die Verhandlungen zwischen dem Vertreter und dem Dritten gekannt hat oder nicht, in der Weise, dass letzteren Falles die Möglichkeit der Ratihabition bestehen bleibt, soll (wie *Zimmermann* a. a. O. S. 251 ff. aufstellt) durch 71 § 2 D. 46, 3 geboten sein:

Item si ignorans creditor procuratori suo solum servo debitoris filiove acceptum fecerit, postea autem rescierit et ratum habuerit confirmatur solutio et quod acceptum latum sit nullius momenti est: et contra si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit confirmatur.

Es soll nämlich nach Inhalt dieser Stelle der Gläubiger durch die von ihm selbst dem Sklaven (heutzutage dem Bevollmächtigten) des Schuldners gegenüber vollzogene Acceptilation sich zwar des Rechts zur Ratihabition der Zahlung begeben haben, allein dies soll ihm desshalb nichts schaden, weil er die Zahlung nicht kannte.

Mir scheint der Entscheidungsgesichtspunkt nicht in der Unkenntniss des Gläubigers von der geschehenen Leistung, sondern vielmehr darin zu liegen, dass die solutio als Uebereignung der nummi an den Prokurator zum Zwecke der Liberirung gegenüber dem creditor gedacht ist, m. a. W. nicht als eine blosses Besitzestradiation an den Prokurator mit dem Willen, durch ihn Eigenthum an den creditor zu übertragen. Dafür sprechen 49 D. 46, 3 und die Stellen, welche in Ermangelung der Ratihabition eine Kondiktion gegen den Prokurator zulassen (z. B. 14 p; 58 p. D. 46, 3).

Diese Thatsache der Uebereignung an den Prokurator kann nicht mehr ungeschehen gemacht werden. Der Kreditor kann sich mit derselben einverstanden erklären, obwohl er inzwischen acceptoferirte. In diesem Falle muss jene Uebereignung die Wirkung der Liberation haben, weil sie als Uebereignung eben schon vollendet war und durch die Ratihabition nur ihre Zweckbestimmung deklariert wird.

Die Acceptilation aber ist dann freilich nullius momenti, jedoch nicht etwa in dem Sinne, dass nun der Schuldner dem Gläubiger



gegenüber daraus unter keinen Umständen Rechte ableiten dürfte, sondern nur insoferne, als sich jetzt entscheidet, dass die Acceptilation als solche die Liberirung nicht bewirken konnte, die schon durch solutio als geschehen erachtet werden muss.

Insoferne daher der Gläubiger durch die Zahlung im Widerspruche mit der Absicht der Acceptilation bereichert ist, kann der Schuldner das Gezahlte dem Gläubiger kondiziren; die Einrede des Gläubigers, dass die Leistung solvendi causa erfolgt sei, kann durch die Replik des dolus elidirt werden.

Der Grundsatz, dass die Ratihabition nur insoweit wirksam sein kann, als der Ratihabent nicht vorher sich ausser Stand gesetzt hat, über das Recht zu verfügen, welches jeweils in Frage steht, findet ganz nothwendig auch dann Anwendung, wenn die Verfügung, durch welche der Ratihabent sich in diese Lage versetzt, eine einseitige Verfügung ist. Wenn daher beispielsweise der Eigenthümer die von dem unbevollmächtigten Vertreter einem Dritten Namens des Eigenthümers tradierte Sache vor der Ratihabition derelinquirt, so kann die nachfolgende Ratihabition der Uebereignung keine Rechtswirksamkeit haben. Die gegentheilige Meinung (vgl. *Zimmermann* a. a. O. S. 254 c) lässt sich durch die Analogie der 71 § 2 D. 46, 3 nicht begründen, wenn die hier versuchte Erklärung dieser Stelle zutrifft. Diese Meinung würde auch zu sehr eigenthümlichen praktischen Ergebnissen führen. Man nehme an, dass ein Vierter die derelinquirte Sache vor der Ratihabition okkupirt hat. Sollte dessen Eigenthumserwerb durch die Ratihabition wieder aufgehoben werden?

Handelt es sich um die vor der Ratihabition erfolgte Verfügung eines mit dem Ratihabenten korreal Berechtigten, so muss aus dem an die Spitze gestellten Grundsatz gefolgert werden, dass die Ratihabition eine Veränderung des durch jene Verfügung begründeten Rechtszustandes nicht herbeizuführen vermag, weil die Disposition des *correus credendi* gleich gilt der eigenen Disposition. Würde daher der vollmachtlose Vertreter des einen Korrealgläubigers Namens desselben mit dem Schuldner einen Novationsvertrag abschliessen, nachher aber der andere Korrealgläubiger von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen

erwirken, so könnte die Ratihabition des Novationsvertrages die Wirksamkeit des Erfüllungsversprechens nicht mehr vereiteln.

Das Gegentheil folgt nicht (wie *Zimmermann* a. a. O. S. 255 meint) aus 58 § 2 D. 46, 3:

Et si duo rei stipulandi sunt quorum alterius absentes procuratori, tum antequam is ratum haberet interim alteri solutum est, in pedenti est posterior solutio aequae ac prior: quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.

Denn hier schwebt die Uebereignung der *nummi* nicht, sondern sie ist definitiv an den Prokurator bereits geschehen, ebenso wie die Uebereignung der *nummi* an den andern *correus*, und es entscheidet sich durch die Ratihabition nur die liberatorische Wirkung jener Uebereignung, die unabhängig ist von dem Willen des Ratihabenten, sobald er nur die Uebereignung an den Prokurator als Uebereignung an sich selbst gelten lässt.

#### 4. Verjährung.

Die konsequente Anwendung des für die bisher betrachteten Fälle aufgestellten Prinzips ergibt nothwendig, dass die Ratihabition der Geschäfte eines unbevollmächtigten Vertreters gegen den vor der Ratihabition eingetretenen Verlust eines Rechtes durch Verjährung nicht schützen kann (vgl. *Brinz*, Pand. 1. Aufl. S. 1622).

Dieser Satz wird bestätigt durch 5 pr. D. 38, 15; 24 pr. D. 46, 8 und 25 § 1 D. eodem.

Insbesondere mit 25 § 1 D. cit. soll aber 71 § 1 D. 46, 3 in unlösbarem Widerspruch stehen (*Zimmermann* a. a. O. S. 265; *Windscheid*, Pand. § 83 Note 6; *Fein* im Arch. f. civ. Pr. Bd. 26 S. 179—181).

Allerdings scheinen mir die Vereinigungsversuche von *Ruhstrat* (Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 229—233) und von *Köppen* (der obl. Vertrag unter Abwesenden Anm. 207) bei *Zimmermann* (a. a. O. S. 259) genügend widerlegt. Dagegen glaube ich, dass man eine Antinomie denn doch nicht annehmen, sondern mit *Brinz* (Pand. 1. Aufl. S. 1622) und *Lothar Seuffert* (die Lehre von der Ratihabition S. 33—35) in der Cujacischen Erklärung der 71 § 1 D. cit. den Schlüssel zur Lösung anerkennen sollte. Der

Thatbestand in der letzten Stelle ist folgender: Für eine Schuld ist ein Bürge ad diem eingetreten. Dieser Bürge hat an den unbevollmächtigten Vertreter des Gläubigers gezahlt innerhalb der Frist, für welche er sich verbindlich gemacht hatte. Nach Ablauf der Frist wird erst diese Zahlung Seitens des Gläubigers ratihabirt. Die Entscheidung geht dahin, dass der Bürge in diesem Falle weder ein Rückforderungsrecht habe, noch verhindert sei, gegen den Hauptschuldner die *actio mandati contraria* anzustellen. Als Entscheidungsgrund wird angeführt, dass der Bürge bezahlt habe zu einer Zeit, als die Frist für seine Bürgschaftsverbindlichkeit noch nicht abgelaufen war.

Allerdings scheint diese Begründung die des Cujacius, dass die Hauptschuld zur Zeit der Ratihabition noch bestünde, auszuschliessen. Allein es ist möglich, dass der Jurist diesen Grund als selbstverständlich hervorzuheben unterliess und nur den Grund für die Zulässigkeit der *actio mandati contraria* aussprach; für diese nämlich trifft der angeführte Grund zu, indem der fideiussor zur Zeit seiner Zahlung noch mandatsgemäss gehandelt hat.

Dann wird freilich (wie *Zimmermann* a. a. O. mit Recht betont) das in der Stelle verneinte Rückforderungsrecht nicht mit *L. Seuffert* als *condictio indebiti* gegen den Creditor, sondern als *condictio c. d. c. n. s.* gegen den *procurator creditoris* gedacht werden müssen.

Fraglich bleibt nur, inwieweit der Einwand gegen die Cujacische Ansicht zutrifft, dass der Bürge ja nicht fremde Schuld, sondern eigene Schuld gezahlt habe. Dieser Einwand erledigt sich durch die Erwägung, dass der Bürge auch deshalb zahlt, um seine Mandatsobligation zu erfüllen, wie 29 D. 17, 1 beweist:

Fideiussor si solus tempore liberatus tamen solverit  
creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum;  
quamquam enim iam liberatus solvit tamen fidem implevit  
et debitorem liberavit . . . .

Da nun nichts hindert, in dem Falle der 71 § 1 D. cit. anzunehmen, dass der Bürge zur Zeit der Ratihabition noch Willens war, seine Zahlung aufrecht zu erhalten, und es sich dann einzig darum handeln konnte, ob der Gläubiger die Zahlung an den

Prokurator für sich gelten lassen wollte, die Hauptschuld selbst aber noch bestand, so gewinnt die Stelle eine Bedeutung, die mit den Grundsätzen der Bürgschaft sowohl, wie mit denen der Ratihabition im Einklange und mit 25 § 1 D. 46, 8 nicht im Widerspruch steht.

Ein Ergebniss, welches den Widerspruch beseitigt, müsste aber begreiflich der *Zimmermann'schen* Hypothese, dass in den beiden Stellen ein Schulengegensatz der Prokulianer und Sabinianer zum Ausdruck gelange, so geistvoll dieselbe begründet ist, vom Standpunkte der Justinianischen Kompilation vorgezogen werden.

##### 5. Rechtliche Bedeutung der Nichtgenehmigung.

Unbestritten ist, dass der Vertretene durch die Handlungen des unbevollmächtigten Vertreters weder berechtigt, noch verpflichtet wird, wenn er nicht oder nicht rechtzeitig ratihabirt. Dagegen finden sich vielfache Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob und in welchem Umfange etwa ein Anspruch des Dritten gegen den Vertreter durch den Mangel der Genehmigung begründet werde.

Dass in diesem Falle der Stellvertreter mit *actio doli* für den durch seine vorsätzliche Täuschung entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden kann, ist nicht zweifelhaft. Wie aber, wenn er einen Dolus nicht begangen hat? Für diesen Fall will *Laband* (Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. X S. 234 ff.) unter Verwerthung des Begriffes der culpa in contrahendo eine Haftung für das negative Interesse eintreten lassen. Dagegen spricht aber — abgesehen von dem Umstande, dass die Kategorie des negativen Vertragsinteresses sich keineswegs der allgemeinen Anerkennung erfreut — die Erwägung, dass das negative Vertragsinteresse nur denjenigen gegenüber geltend gemacht werden kann, mit welchen der nicht zu Stande gekommene Vertrag abgeschlossen werden sollte, also jedenfalls nicht gegenüber dem Stellvertreter von dem Standpunkte der hier verfochtenen Theorie aus, wonach dieser gar nicht der Kontrahent ist.

Die Meinung von *Windscheid* und *Buchka*, dass der Vertreter auf das Interesse hafte, wenn er ausdrücklich oder still-

schweigend die Garantie für die Genehmigung übernommen habe (vgl. auch *Curtius* im Archiv f. civ. Pr. Bd. 58 S. 101 ff.), dass aber ausserdem — vom Dolus abgesehen — eine Haftung des Vertreters nicht entstehe, scheint mir ebenso zutreffend wie für das praktische Bedürfniss genügend. Nur darf man nicht so weit gehen wie *Curtius*, der ohne Rücksicht auf den erkennbaren Willen des Vertreters die Garantiepflicht desselben unter allen Umständen statuirt. Denn es ist nicht wahr, dass der Stellvertreter dem anderen Kontrahenten stets verspricht, ihm unter allen Umständen einen verpflichteten Dominus zu stellen.

Viel weiter und eben darum viel zu weit geht *Zimmermann* (a. a. O. S. 286—300). Er behauptet, dass überall da, wo mit der Unterstellung der vorhandenen Vollmacht gehandelt werde: die bona fides erfordere, dass der Dritte sich an Jemand halten könne. Dieser Jemand sei beim Ausbleiben der Ratihabition der Vertreter, denn er habe den Vertrag geschlossen, müsse also leisten, was der bona fides entspricht. Dies sei: a) Erfüllung, b) Leistung des positiven und negativen Interesses, beides unabhängig von einer ihm zur Last fallenden culpa, unabhängig von der Meinung des Vertreters, dem Dritten sei der Vollmachtsmangel bekannt, und unabhängig endlich von der culposen Nichtkenntniss dieses Mangels Seitens des Dritten. (Aehnlich neuerdings *Mommsen* „Ueber die Haftung der Kontrahenten bei Abschliessung von Schuldverträgen“ S. 114, 115.) Dass die Argumentation *Zimmermann's*, die übrigens auch *Windscheid* (Pand. 5. Aufl. § 74 Note 7 a. E.) bedenklich findet, — für die hier vertretene Auffassung, wonach der Vertreter keinesfalls Kontrahent ist, nicht zutreffen kann, ist klar. Aber auch auf Grundlage der herrschenden und der *Zimmermann'schen* Theorie von der Konstruktion des Stellvertretungsverhältnisses kann nicht zugegeben werden, was *Zimmermann* aufstellt. Seinen Folgerungen aus der bona fides ist zu entgegen, dass der Abschluss von Verträgen durch Stellvertreter nicht als das Normale gelten kann und dass es daher der bona fides entspricht, dem dritten Kontrahenten die Pflicht zur Prüfung des Vollmachtspunktes aufzuerlegen, eine Pflicht, die durch eine Frage erfüllt wird. In Fällen aber, wo der Vertreter die Frage aus entschuldbarem

Irrthum bejahen würde, z. B. weil er den Vollmachtgeber für geistig gesund hielt, obwohl er furiosus ist, kann er begreiflich ebensowenig verantwortlich gemacht werden, wie der Dritte sich durch direkten Kontrakt mit einem von ihm für geistig gesund gehaltenen Wahnsinnigen vor Nachtheil schützen könnte.

In dieser Auffassung muss das negative Resultat, welches die Quellen ergeben, indem sie nämlich nur die Entscheidung solcher Fälle enthalten, in welchen ein Garantievertrag abgeschlossen wurde (*stipulatio de rato*), bestärken. Wenn hingegen *Zimmermann* als Stütze seiner Auffassung sich auf I § 9 D. 15, 4 beruft, so muss diese Stütze für den, der die Stellvertretung als ein den Quellen bekanntes Rechtsinstitut betrachtet, schon um desswillen schwach erscheinen, weil sie die einzige wäre. Ueberdies ist auch zuzusehen, ob der Stelle überhaupt eine Beweiskraft für die *Zimmermann'sche* These zukommt. Die Stelle lautet:

Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit: item et in vero procuratore. Sed si verus procurator non sit in ipsum potius dandam actionem idem Labeo ait.

*Zimmermann* argumentirt so: Bei Ertheilung des iussus war auch schon im römischen Rechte Stellvertretung zulässig. Hier liegt ein solcher Stellvertretungsfall vor. Es wird entschieden, dass die actio quod iussu gegen den dominus servi gegeben werde, wenn der Stellvertreter Vollmacht zur Ertheilung des iussus hatte (et in vero procuratore). Hatte er keine Vollmacht und erfolgte auch die Genehmigung nicht, so findet actio quod iussu gegen den falsus procurator statt, mithin die Klage auf Erfüllung. Allein hiebei übersieht *Zimmermann*, dass die gegen den falsus procurator gegebene actio unmöglich die actio quod iussu sein konnte, weil diese nur stattfindet, wenn der Jubent dominus des jubirten Sklaven war, und dass es nicht angeht, ad hoc eine actio quod iussu ohne dieses Requisit zu konstruiren. Die gegen den falsus procurator gegebene actio muss also eine andere als die actio quod iussu gewesen sein. Die Glosse bemerkt zu dieser actio: scilicet mandati. Und dies

trifft zu, wenn man erwägt, dass der iussus des falsus procurator gemäss 1 § 1 D. 15, 4 so gelauteet haben mag: Cum Sticho servo Titii contrahe periculo Titii. Denn in diesem Geheiss des falsus procurator liegt die Garantie dafür, dass Titius das periculum übernehmen müsse.

#### X. Persönliche Fähigkeit des Stellvertreters.

Wer die Stellvertretung (insbesondere beim Abschluss von Verträgen) als eine juristische Handlung (also beim Abschluss von Verträgen als das Kontrahiren) des Vertreters ansieht, die nur für resp. gegen den Vertretenen wirkt, kommt nothwendig zu dem Schlusse, dass die Frage der Handlungsfähigkeit aus der Person des Vertreters, nicht aus der des Vertretenen beurtheilt werden muss (vgl. *Brinz*, Pand. 1. Aufl. S. 1611; *Sintenis*, Civilrecht Bd. II § 102 S. 370; *Curtius* im Archiv für civil. Pr. Bd. 58 S. 87 f.; *Marcus*, Dissertatio per procuratorem quemadmodum etc. S. 48). Dagegen muss die Handlungsfähigkeit des Vertretenen entscheidend sein für jene, welche ihn als den juristisch Handelnden ansehen (vgl. *Dernburg* in der Heidelb. krit. Ztschr. I S. 18; *Kuntze*, Obligation und Singularsuccession S. 285 ff.; *Canstein* in Busch's Archiv f. Handelsr. S. 285 ff.).

*Windscheid* (Pand. 5. Aufl. § 73 Note 17 a. E.) postulirt allein von denjenigen, welche den Vertreter als den juristisch Handelnden bezeichnen, die Handlungsfähigkeit nur in der Person des Vertretenen, eine Auffassung, die dem praktischen Bedürfniss auf Kosten der strengen Konsequenz eine Konzession macht. *Curtius* (a. a. O.) schränkt die These, dass der Stellvertreter handlungsfähig sein müsse, dahin ein, dass er diejenigen Personen, deren Handlungsfähigkeit nur beschränkt ist, wie Minderjährige und Verschwender als Stellvertreter zulässt, weil sie durch die Vertretung ja sich nicht selbst verpflichteten. (So auch *Laband* a. a. O.)

Abgesehen davon, dass dies mit *Curtius* eigener Ansicht in Widerspruch tritt, wonach der unbevollmächtigte Vertreter unter allen Umständen verpflichtet sei, einen verpflichteten Prinzipal zu stellen (a. a. O. S. 101), würde dieses Zugeständniss

auch der Behauptung, dass der Stellvertreter als Kontrahent fähig sein müsse zu handeln, fast alle Bedeutung nehmen.

Wenn *Brinz* (a. a. O. S. 1612) als Argument gegen die Ansicht, es sei Handlungsfähigkeit des Vertretenen nothwendig, die Erwägung anführt, dass dann für den furiosus und infans, die sie am nothwendigsten brauchen, Stellvertretung nicht möglich wäre, so scheint mir nicht beachtet zu werden, dass für diese das Gesetz bzw. die Obrigkeit einen Vertreter aufstellt, der allerdings, wie oben ausgeführt, eine ganz andere Stellung einnimmt, wie der freiwillige Vertreter.

Das Ergebniss, welches die Quellen über die vorwüfliche Frage liefern, ist spärlich, genügt aber, um die Auffassung der römischen Juristen nachzuweisen.

Zunächst kommen hier die Entscheidungen solcher Fälle in Betracht, in welchen ein Gewaltunterworfenen für seinen Gewalthaber handelt. Denn wenn auch der Gedanke der Stellvertretung in diesen Fällen nicht zutrifft, weil hier der Erwerb für den Dominus ohne Rücksicht auf die Vollmacht desselben und unabhängig von dem Willen des Gewaltunterthanen eintritt, so besteht doch ein Unterschied gegenüber der Stellvertretung nicht da, wo die Verpflichtung des Gewalthabers durch Handlungen seiner Gewaltunterthanen in Frage steht, da hier die Vollmacht des Ersteren nothwendig und die Bezugnahme auf diese Vollmacht Seitens des Letzteren wenigstens möglich ist. In diesen Fällen soll nach Inhalt der Quellen für die Frage, ob wegen minor aetas Restitution stattfinde, keinesfalls das Alter des Gewaltunterthanen maassgebend sein. So

3 § 11 D. 4, 4. Servus autem minor annis viginti quinque nullo modo restitui poterit, quoniam domini persona spectatur qui sibi debet imputare cur minori rem commisit quare et si per impuberem contraxerit idem erit dicendum ut et Marcellus libro secundo digestorum scribit et si forte liberā peculii administratio minori servo sit concessa maior dominus ex hoc causa non restituetur.

und

4 D. eodem: Etenim quodcunque servus ita gerit voluntate domini gerere intellegendus est et magis hoc



apparebit si aut de institoria actione quaeratur aut si proponatur maiorem viginti quinque annis negotium aliquod gerendum minori mandasse et illum in ea re deceptum esse.

Aus der ersten Stelle geht sogar hervor, dass nicht einmal die Unmündigkeit des Sklaven zu Gunsten des Dominus in Betracht kommt. Die Begründung der Entscheidung ist charakteristisch für die Auffassung des Juristen. Qui sibi debet imputare etc., d. h. der Dominus hat sich selbst alle Folgen des Umstandes zuzuschreiben, dass er für sich eine Person handeln lässt, die, wenn sie für sich selbst handelte, ihre rechtliche Lage nicht verschlimmern könnte. Noch entschiedener kommt die rechtliche Belanglosigkeit der Jugend des Vertreters zum Ausdruck in:

23 D. 4, 4. Cum mandato patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura; sed si eventu damnum minor passurus sit quia quod praestiterit servare ab eo cuius negotia gessit non potest quia is non erit solvendo sine dubio praetor interveniet. si autem ipse dominus minor sit procurator vero maioris aetatis non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit, nec a procuratore servari res possit, ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit imputari debet hoc domino qui tali commisit sua negotia idque et Marcello placet.

Hier wird, wenigstens im ersten Theil der Stelle vorausgesetzt, dass der Minderjährige als s. g. Ersatzmann des Grossjährigen, d. h. nur für dessen Rechnung, nicht auch in dessen Namen gehandelt habe. (Arg. „quia quod praestiterit“.) Dennoch, also obgleich der minor dem Dritten gegenüber in eigenem Namen kontrahirte, soll er sich nur ausnahmsweise auf sein beneficium aetatis berufen können. Um wie viel weniger kann dies geschehen, wenn er auch im Namen des Grossjährigen gehandelt hat! Dieses argumentum a maiori ad minus liegt in dem Schlusssatze der Stelle ausgedrückt.

Wenn etwa eingewendet werden wollte, dass es sich bei den angeführten Entscheidungen nicht sowohl um die Frage der Handlungsfähigkeit, als darum handle, dass das *beneficium restitutionis* nicht ertheilt werde wegen Mangels einer *laesio* des Minderjährigen, so kann zum Ausschluss jedes Zweifels auf 7 § 2 D. 14, 3 verwiesen werden:

Pupillus autem istitor obligat eum qui eum praeposuit  
institoria actione quoniam sibi imputare debet qui eum  
praeposuit.

Auch hier kehrt der gleiche Entscheidungsgrund wieder, dass der Prinzipal die Folgen der Jugend seines Vertreters zu tragen habe und ist deutlich die Anschauung abgelehnt, dass der für sich Handlungsunfähige nicht wirksam für einen Andern handeln könne. Zudem wird hier (vgl. 7 § 1 D. eodem) ausdrücklich der Fall, wo der institor in einem Gewaltverhältnisse zum dominus steht, dem gleichgestellt, wo der institor eine *persona sui iuris* ist.

So lässt sich auch aus den Quellen begründen, was sich nach der oben aufgestellten Konstruktion der Stellvertretung nothwendig ergibt, dass nämlich der Handlungsfähigkeit des Vertreters kein Gewicht beigelegt werden darf. Die Konsequenz dieses Satzes führt nicht dazu, auch den *furiosus* oder *infans* als Stellvertreter zuzulassen. Denn ihnen gebricht die Willensfähigkeit, d. h. die Möglichkeit, einen für die Rechtsordnung giltigen Willen zu haben, folglich können sie auch nicht den Willen haben, für einen Andern zu handeln.

Dass die Fähigkeit, ein Recht zu erwerben oder eine Verpflichtung einzugehen, welche durch eine besondere Stellung der Person bedingt ist, sich lediglich aus der Person des Vertretenen beurtheilen lässt, lehren auch diejenigen, welche den Stellvertreter als den Handelnden betrachten, weil hier nur eine Wirkung des Handelns in Frage sei. So kann beispielsweise auch nach dieser Anschauung der Vertrag über Bestellung einer *dos* von einem Stellvertreter des Ehemannes abgeschlossen werden, obwohl die *dos* zu erwerben nur dem Ehemanne selbst möglich ist.

**XI. Ueberschreitung der Vollmacht. Dolus und culpa des Stellvertreters. Bedeutung seines Irrthums und des gegen ihn geübten Betrugs und Zwangs.**

**1. Ueberschreitung der Vollmacht.**

Wenn es richtig ist, dass die Handlungen des Stellvertreters für den Vertretenen rechtliche Bedeutung nur deshalb und nur insoweit haben können, weil und insoweit der Vertreter von dem Vertretenen bevollmächtigt ist, so scheint nicht bezweifelt werden zu dürfen, dass eine Wirkung für den Vertretenen überall da nicht eintritt, wo es, bzw. so weit es an der Bevollmächtigung fehlt, mithin auch, soweit der Bevollmächtigte seine Vollmacht überschritten hat. Diese Folgerung trifft denn auch im Allgemeinen zu, erleidet jedoch wichtige Einschränkungen. Vor Allem kann dem Dritten gegenüber, mit welchem der Stellvertreter kontrahirt, nur der diesem Dritten bekannt gegebene Inhalt der Vollmacht entscheidend sein, weil der Gebrauch eines bevollmächtigten Stellvertreters die Erklärung an den Dritten enthält, dass der Vertretene die Handlungen des Vertreters als seinem Willen entsprechend anerkenne, soweit die Vollmacht reicht. Eine geheime Instruktion des Bevollmächtigten, derzufolge ihm gewisse Schranken im Gebrauche seiner Vollmacht gesetzt sind, hat daher für den Dritten keine Bedeutung.

Wenn beispielsweise die offene Vollmacht dahin geht, für den Vollmachtgeber ein Haus zu kaufen, so ist er durch den Kauf des Vertreters gebunden, auch wenn diesem in einer besonderen Instruktion ein Preislimit gesetzt war und er dieses überschritten hat.

Das Gleiche gilt von dem Generalbevollmächtigten, dem für einzelne Geschäfte bestimmte Direktiven ertheilt wurden, die der Dritte nicht kennt.

Die Mittheilung der Vollmacht an den Dritten muss nicht in Vorlage der Vollmachtsurkunde bestehen, sie kann auch stillschweigend erfolgen durch die äusserlich erkennbare Zuweisung eines bestimmten Geschäftskreises, aus welcher der Schluss berechtigt ist, dass der Vertreter befugt sein soll, innerhalb dieses Geschäftskreises für den Prinzipal zu handeln (vgl. *Mommson*

über die Haftung der Kontrahenten bei Abschliessung von Schuldverträgen S. 118—120).

Aber auch das Erlöschen der Vollmacht durch den Tod oder durch Widerruf schützt den Prinzipal bzw. dessen Erben insolange nicht vor der Haftung aus den Geschäften des Vertreters, als der dritte Kontrahent bona fide den Fortbestand der Vollmacht angenommen hat und nach Lage der Sache annehmen durfte.

Die Bestätigung dieser Sätze findet sich in einer Reihe von Quellenstellen. So soll der exercitor navis haften für das, was ein von dem magister navis aufgestellter Vertreter gethan hat, auch wenn der exercitor dem magister die Aufstellung eines Vertreters untersagt hatte (1 § 5 D. 14, 1). Der Tod des Präponenten soll den Erben desselben, bzw. wenn der Präponent als tutor präponirt hatte, den Mündel nicht gegen die Haftung aus Geschäften schützen, welche ein Dritter in Unkenntniss des Todes mit dem Institor abgeschlossen hat (5 § 17; 17 § 2 D. 14, 3; zu 17 § 3 D. eodem, vgl. *Mommsen* a. a. O. S. 117, Anm. 11). Ueberhaupt soll der exercitor navis und bzw. der Präponent aus den Geschäften haften, welche ein Dritter mit dem magister navis oder institor abschliesst, wenn der Dritte nach den Umständen anzunehmen berechtigt war, dass der Geschäftsabschluss innerhalb der Vollmacht des magister navis liege (7 D. 14, 1; 11 § 4 D. 14, 3).

Die Gründe, aus welchen in diesen Fällen die Haftung des Prinzipals statuiert wird, sind Zweckmässigkeitsgründe, Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs (*Mommsen* a. a. O. S. 118), wie sich aus den angeführten Quellenbetrachtungen ergibt (vgl. „propter utilitatem“ und „alioquin contrahentes decipientur“ in 1 § 5 D. 14, 1, „aequum est ignorantibus dari actionem“ in 5 § 17 D. 14, 3; „propter utilitatem promiscui usus“ in 17 § 2 D. eod.).

Zwar beziehen sich alle diese Entscheidungen nur auf die adjektivische Haftung des Prinzipals, die ja von den Fällen der Haftung aus einer Stellvertretung wesentlich verschieden sind, allein hier wie dort besteht doch der identische Fragepunkt, in wie weit der Prinzipal haften müsse aus Handlungen eines Dritten, der entweder nicht mehr bevollmächtigt ist zur Zeit der Handlung, oder der seine Vollmacht überschritten hat.

Desshalb unterliegt wohl die analoge Anwendung auf die Fälle der Stellvertretung keinem Bedenken (*Mommsen* a. a. O. S. 120 ff.). Direkte Bestätigung findet diese Haftung des Vertretenen in 12 § 2; 18; 34 § 3; 38 § 1 D. 46, 3, wo die Zahlung an den Vertreter, dem die Empfangsvollmacht entzogen war, den Schuldner befreit, der von der Entziehung der Vollmacht keine Kenntniss hatte. (Dagegen *Windscheid*, Wille und Willenserklärung S. 24.) Kein Widerspruch liegt in denjenigen Stellen, welche ganz allgemein aussprechen, dass der Prinzipal über den Inhalt der Vollmacht hinaus durch den Vertreter nicht verpflichtet werden könne, da eben hier nur das Prinzip, die Regel Ausdruck gefunden hat (z. B. 1 § 3 D. 21, 3; 10 C. 2, 13; 12 C. 4, 35; vgl. *Mommsen* a. a. O. S. 120 Anm. 16), wie denn auch aus 60 § 4 D. 17, 1 sich das Prinzip ergibt.

Auch kann dagegen nichts aus dem Umstande gefolgert werden, dass die wirksame Vornahme von einseitigen Rechtsgeschäften durch einen Stellvertreter absolut verhindert wird, wenn der Prinzipal vor der entscheidenden Erklärung Seitens des Vertreters die Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht mehr zu wollen erklärt, mag der Vertreter von dieser veränderten Willensrichtung Kenntniss gehabt haben oder nicht (4 pr. D. 40, 2; 15 § 1 D. 40, 9; 25 § 14 D. 29, 2). Denn bei einseitigen Rechtsgeschäften fällt, wie *Mommsen* (a. a. O. S. 121 Anm. 16) zutreffend hervorhebt, die Rücksicht auf das Verkehrsinteresse „*alioquin contrahentes decipientur*“ vollständig hinweg, welche den Grund der gegentheiligen Entscheidung für zweiseitige Rechtsgeschäfte bildet.

Dass in den Fällen, wo Jemand den dritten Kontrahenten durch Vorlage einer gefälschten Vollmacht täuscht, nicht die gleiche Rücksicht auf das Verkehrsinteresse entscheidend sein kann, muss in Ermangelung entgegenstehender gesetzlicher Bestimmung wegen der völligen Verschiedenheit der Fälle als gewiss angenommen werden. Diese Verschiedenheit besteht, wie leicht ersichtlich, darin, dass im Falle der Fälschung gar kein Verhalten des Vertretenen vorliegt, durch das in dem Dritten die Annahme einer Bevollmächtigung hervorgerufen werden konnte. Aus gleichem Grunde muss das Gleiche gelten von den Fällen,

wo der auf einem sonst unbeschriebenen Papier befindliche Name einer Person zur Anfertigung einer Vollmacht missbraucht, oder ein Blanket entwendet wird (*Mommsen* a. a. O. S. 123 f.). Wie zu entscheiden ist, wenn eine bereits benützte Vollmachturkunde, weil weder der dritte Kontrahent noch der Vollmachtgeber ihre Ablieferung vom Bevollmächtigten verlangt hat, zu einem fernerem Geschäftsabschluss missbraucht wird, scheint mir eine nach Verschiedenheit der Umstände verschieden zu beantwortende Frage zu sein. Wenn z. B. die Vollmacht lautet: „Ich ermächtige Herrn A, für mich ein Darlehen von 100 aufzunehmen“, und nach Aufnahme eines solchen Darlehens bei B der Bevollmächtigte später bei C unter Vorzeigung derselben Vollmacht ein gleiches Darlehen aufnimmt (*Mommsen* a. a. O. S. 122), so wird unbedenklich der Vollmachtgeber aus beiden Darlehen in Anspruch genommen werden können. Denn dem B kann aus dem Umstande, dass er sich die Vollmachtsurkunde nicht ausliefern liess, keinesfalls — ganz abgesehen davon, ob ihm hiezu überhaupt ein Recht zustand — der Vorwurf des dolus erwachsen, der allein seiner Darlehensklage wirksam opponirt werden könnte. Wäre dagegen B durch den Vollmachtgeber angewiesen worden, die Auslieferung der Vollmacht zu verlangen, so liesse sich gegen ihn unter Umständen allerdings ein Entschädigungsanspruch kompensationsweise geltend machen.

## 2. Dolus und culpa des Stellvertreters.

Zwar liegt da, wo Jemand sich als den Bevollmächtigten eines Anderen fälschlich ausgibt, bereits ein dolus oder eine culpa desselben vor, allein nicht von diesem, im Bisherigen bereits besprochenen Verschulden wird in Folgendem die Rede sein, sondern von jenem, das dem bevollmächtigten Vertreter bei Abschluss des seiner Vollmacht gemässen Geschäftes gegenüber dem dritten Kontrahenten zur Last fällt.

Während der Prinzipal für die Folgen der selbstständigen Delikte, die der Vertreter bei Ausführung seiner Vollmacht begeht, nicht einzustehen hat (vgl. 25 § 3 D. 42, 8; 4 D. 43, 5), muss derselbe für die Folgen des rechtsgeschäftlichen dolus seines Vertreters dem Dritten ebenso haften, als habe er sich

selbst dieses dolus schuldig gemacht. Diese Haftung ist eine Konsequenz der Auffassung, dass der Prinzipal sich des Vertreters lediglich als eines Mittels seiner Willenserklärung bediene und dass er daher den Schaden ersetzen muss, der ihm durch das Verhalten dieses Mittels zugeht.

Diese Auffassung ist klar ausgesprochen in 4 § 17 D. 44, 4:

In hac exceptione et de dolo servi vel alterius personae juri nostro subjectae excipere possumus sed de servorum et filiorum dolo, si quidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infinitum exceptio objicienda est, si autem non ex peculiari causa tum de eo dumtaxat excipi oportet qui admissus sit in ipso negotio quod geritur non etiam si postea aliquis dolus intervenisset: neque enim esse aequum servi dolum amplius domino nocere quam in quo opera ejus esset usus.

Obwohl nämlich hier nicht ein Fall unserer Stellvertretung vorliegt, so ist doch diesem Falle mit der Stellvertretung gemeinsam, dass in beiden ein vollmachtgemässes Handeln vorausgesetzt wird. Es muss daher auch für die Stellvertretung der Satz analog zutreffen, dass die Haftung des dominus für den dolus des Stellvertreters so weit reicht, als er den Stellvertreter zu dem Mittel seiner Willenserklärung gemacht hat (opera eius usus).

So sehr nun die Haftung des Prinzipals für den rechtsgeschäftlichen dolus des Stellvertreters schon aus der juristischen Struktur des Stellvertretungsverhältnisses sich ergibt, fehlt es doch auch nicht an positiven Anhaltspunkten dafür in den Quellen.

Wenn z. B. in 7 § 13 D. 6, 2 dem dominus, dessen servus eine Sache gekauft hat, wissend, dass sie nicht dem Verkäufer gehöre, die actio Publiciana wegen des Sklaven dolus versagt wird, so lässt sich nicht absehen, wesshalb nicht ebenso des Stellvertreters dolus dem Prinzipal schaden sollte. In beiden Fällen besteht ein eigener dolus des Vertretenen nicht; wenn ihm aber der dolus des Sklaven wie ein eigener zugerechnet werden muss, so kann es nur sein, weil er eben den äusseren

Thatbestand des Kaufs nicht selbst hergestellt, sondern den Sklaven als Vermittler gewählt hat. Da das Gleiche im Falle der Stellvertretung stattfindet, so folgt, dass des Stellvertreters dolus die gleiche Bedeutung haben muss.

Für die Frage, ob der dominus mit der actio tributoria belangt werden könne, wenn sein procurator sich eines dolus schuldig macht, sagt Ulpian in 5 p. D. 14, 4 ganz allgemein: Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino neque Pomponius dubitat neque ego dubito.

Derselbe sagt von dem procurator omnium bonorum in 4 § 18 D. 44, 4: Quaesitum est autem de procuratoris dolo, qui ad agendum datus sit excipi posse et puto . . . si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit. (Vgl. noch 15 § 2 D. 4, 3; 21 § 1 D. 15, 1; 5 § 3 D. 44, 4.)

Die Frage, ob und in wie weit der Prinzipal für dasjenige Verschulden haftet, welches von dem Stellvertreter nach Abschluss des Vertrages in Ausführung desselben begangen wird, liegt bereits ausserhalb der Grenzen der Stellvertretungslehre, da diese lediglich den Abschluss von Rechtsgeschäften zum Gegenstande hat.

Der Stellvertreter ist, soweit ihm auch die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäftes übertragen wird, nicht mehr Stellvertreter im technischen Sinne, sondern nur Gehilfe in rein faktischem Gebiete, für dessen Verschulden der Prinzipal nach allgemeinen Grundsätzen nur insoweit haftet, als ihn eine culpa in eligendo trifft.

Hier besteht ein bemerkenswerther Unterschied zwischen dem Stellvertreter und dem institor. Denn da der Letztere als Kontrahent auch für die vertragsmässige Ausführung des Kontrakts verantwortlich ist, der Prinzipal für ihn aber in dem Maasse adjektisch haftet, in welchem er selbst obligirt ist, so trifft den Prinzipal jedenfalls die Haftung für das Verschulden des Institor in Ausführung des Kontraktes. (Vgl. 5 § 10 D. 14, 3 und hiezu *Vangerow* Pand. 7. Aufl. III S. 497, 498 und die dort Zitierten).



### 3. Irrthum des Vertreters.

Ueber den Einfluss des Wissens oder Nichtwissens, also des Irrthums in der Person des Stellvertreters stellt die herrschende Meinung einmüthig den Satz auf, dass Wissen und Irrthum des Stellvertreters, nicht des Prinzipales, entscheidend seien, soweit diese geistigen Zustände überhaupt von rechtlicher Erheblichkeit sind.

*Laband* (in Goldschmidt's Ztschr. f. H. R. Bd. X S. 226) folgert aus dem Umstande, dass der Stellvertreter als Willensproduzent erscheint: „Der Wille und dessen Erklärung sind nach der Person des Stellvertreters zu beurtheilen . . . , folglich ist . . . die Freiheit und Ernstlichkeit in der Person des Stellvertreters erforderlich . . . . Der Irrthum in der Person des Stellvertreters schadet ebenso wie seine Geistesschwäche, seine Unbestimmtheit der Erklärung, sein *dolus*.“ Ebenso *Schliemann* (in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 16 S. 24), der seine Ansicht durch folgendes Beispiel erläutert: „Wenn der Stellvertreter das Pferd Y zu kaufen erklärt, während er X kaufen will, so kommt kein Vertrag zu Stande, selbst wenn der Vertretene Y gewollt hätte.“

*Fhering* (in den dogm. Jahrb. Bd. I S. 290) führt aus: „Da der physische Diener oder Gehilfe keinen Antheil am Rechtsgeschäfte erhält, so folgt daraus ferner, dass das Wissen oder Nichtwissen desselben keinen Einfluss auf das Rechtsgeschäft äussert, während rücksichtlich des Stellvertreters das Gegentheil der Fall ist.“

*Brinz* (Pand. 1. Aufl. S. 1612) führt unter den Erfordernissen der Stellvertretung an: „2. richtiger Wille in der Person des Stellvertreters. Ernstlichkeit und Freiheit der Handlung, Bewusstlosigkeit und Irrthum bemessen sich nach ihm.“

Aus *Sintenis* (Civilrecht Bd. II § 102 Seite 369 f.) gehören folgende Sätze hieher: „Da nun der Stellvertreter keinen mechanischen Dienst leistet, sondern selbstthätig handelnd auftritt, und der Vertrag, der Wirksamkeit desselben für den Geschäftsherrn ungeachtet, durch den Ersteren selbst mit dem anderen Pазiszenten zu Stande kommt, so entstehen dadurch für dasselbe (das Geschäft?) überhaupt diese Folgerungen. In Uebereinstimmung mit

der Regel, dass die Handlung des Stellvertreters als solche lediglich aus seiner Person ermessen wird, steht hier die, dass das Existenzwerden, wie die Wirksamkeit des Vertrags aus der Person des Stellvertreters beurtheilt wird, so dass derselbe für den Geschäftsherrn nicht weiter besteht und reicht, als er für den Ersteren selbst wirksam werden könnte. . . . Soweit mithin Arglist oder Wissen und Nichtwissen auf den Vertrag Wirkung äussern können, kommt die vom Stellvertreter begangene Arglist wider den Geschäftsherrn in Betracht, auch wenn dieser nicht dabei theilhaft ist, und es nützt ihm seine eigene Unkunde nicht, wenn der Stellvertreter Kenntniss hatte; wenn umgekehrt der Stellvertreter bei Abschluss des Vertrags in einem diesen betreffenden Irrthum war, der Geschäftsherr aber die richtige Kenntniss hatte, so kommt jener Irrthum nicht in Betracht, sofern dem Letzteren, wenn er davon Gebrauch machen will, *exceptio doli* entgegensteht.“

*Curtius* (im Archiv f. civ. Pr. Bd. 58 a. a. O.) bezeichnet als das richtige Prinzip für die Beurtheilung von *error* und *ignorantia* das in 12 D. 18, 1 Ausgesprochene:

In huiusmodi autem quaestionibus persona eumentium et vendentium spectari, non eorum quibus adquiritur ex eo contractu actio: nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat non est quaerendum, quid ego existimen, sed quid ille qui contrahit.

*Windscheid* endlich (Pand. 5. Aufl. § 73 S. 194 f.) formulirt die herrschende Theorie wie folgt: „Von der andern Seite ist das, was thatsächlich vorliegt und woraus das Recht Wirkungen hervorgehen lässt, immerhin eine Willenserklärung des Vertreters, und daher ist nicht nur die Frage, ob das als gewollt Erklärte wirklich gewollt sei, aus seiner Person und nicht aus der des Vertretenen zu beantworten, sondern auch bei der ferneren Beurtheilung der Giltigkeit und Wirkung der Willenserklärung, soweit dabei Regeln zur Anwendung kommen, die einen gewissen Zustand des Innern des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben, auf seine und nicht des Vertretenen

Person zu sehen.“ (Vgl. auch *Vangerow*, Pand. 7. Aufl. Bd. III S. 299 f.)

Wenn man diesen Sätzen mit *Windscheid* (a. a. O. § 73 Note 19) die Einschränkung hinzufügt, dass es zugleich auf den Zustand des Innern des Vertretenen ankommen könne und da wirklich ankomme, wo der Vertretene zum Abschlusse des Rechtsgeschäftes einen speziellen Auftrag gegeben hat, so kommen sie der Wahrheit und dem Inhalte der Quellen entschieden nahe. Freilich kann nicht zugegeben werden, dass diese Sätze nur eine Konsequenz der Anschauung seien, dass allein der Vertreter juristisch handle. Vielmehr würde gerade diese Anschauung eine Berücksichtigung des Irrthums oder der scientia in der Person des Vertretenen immer ausschliessen. Wohl aber darf behauptet werden, dass die Konstruktion des Stellvertretungsverhältnisses, welche in dem Vertretenen den juristisch Handelnden erblickt, konsequent zu der richtigen Beurtheilung des error und der scientia in der Person des Stellvertreters und in der des Vertretenen führen muss. Denn nach dieser Konstruktion ist der Stellvertreter ein vom Vertretenen benütztes Mittel zum juristischen Handeln; ihn treffen daher innerhalb der Grenzen, in welchen der Vertreter als Mittel funktioniert, alle Folgen, die sich aus der Thätigkeit des Mittels ergeben. Wenn sich daher beispielsweise der Vertreter irrt, so kann im Allgemeinen mit Grund behauptet werden, dass sich der Vertretene geirrt habe, weil er erklärt hat, so und nur so zu wollen, wie der Vertreter erklärt. Ein Anderes ist auch in den Fällen der Generalvertretung meistens gar nicht möglich, weil der Prinzipal von den einzelnen Geschäften des Vertreters bei deren Abschluss keine Kenntniss hat.

Soweit aber der Prinzipal seinen Willen von dem Ermessen des Vertretenen unabhängig macht, soweit er m. a. W. selbst neben dem Vertreter in den Abschluss des konkreten Rechtsgeschäftes eingreift, soweit muss auch auf sein Wissen und auf seinen Irrthum und zwar im Zweifel unter Ausserachtlassung des vertreterischen Wissens und Wollens Rücksicht genommen werden, da dieses für den Prinzipal eben nur bis zu der Grenze gilt, bis zu welcher er es gelten zu lassen durch die Vollmacht erklärt hat. (*Canstein* in Grünhuts Zeitschrift Bd. III S. 692 f.)

*Dernburg* (in der *Heidelberger krit. Zeitschr.* Bd. I S. 19 f.) drückt dies so aus:

In je engere Grenzen die Autorisation des Prinzipals gefasst ist, desto weniger kommt auf die Person des Prokurator an; je unbedingter die Vollmacht lautet, desto mehr ist in Bezug auf den Inhalt der Verträge dessen Absicht und Kenntniss zu berücksichtigen.

Nunmehr gilt es nur noch die Ergebnisse der Quellen festzustellen und zu untersuchen, ob dieselben mit dem aufgestellten Prinzip im Einklange stehen. Für nicht entscheidend in dieser Frage halte ich die oben (S. 156) mitgetheilte 12 D. 18, 1 und zwar desshalb, weil dort der Sklave und bzw. *filius familias* als *suo nomine contrahentes* ausdrücklich bezeichnet worden. Dagegen darf mit *Fug* 16 § 3 D. 40, 12 in erster Linie angeführt werden:

*Quaero si filius familias emit si quidem ipse scit pater ignoravit non acquirit patri actionem: hoc si peculiari, nomine egerit: ceterum si patre mandante, hic quaeritur an filii scientia noceat? et puto ad huc nocere quemadmodum procuratoris nocet. plane si filius ignoravit pater scit adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere.*

Ulpian behandelt hier den Fall, dass ein Haussohn einen Freien, der sich dolose als Sklaven ausgibt, kauft. In diesem Falle steht dem gutgläubigen Erwerber gegen den gekauften Freien eine Entschädigungsklage zu. Diese Klage wird dem *pater familias* jedoch versagt, wenn der kaufende *filius familias* den Zustand des Gekauften kannte, und zwar gleichviel, ob der *filius familias* *peculiari*, — also *suo nomine*, oder *patre mandante*, — also *patris nomine* kontrahirt hat.

Gleichzeitig entscheidet aber Ulpian hier die weitere Frage, ob die Kenntniss des *pater familias* selbst sein Klagerecht zerstöre, bejahend unter der Voraussetzung, dass der *pater familias* um den Kauf wusste und in der Lage war, denselben zu verhindern und zwar wiederum ohne Rücksicht darauf, ob *peculiari* oder *patris nomine* kontrahirt ist.

Angesichts dieser Entscheidung wird man mit der Glosse ad l. 12 D. 18, 1 annehmen müssen, dass in dieser letztgenannten Stelle zu den Worten: *me praesente* zu subintelligiren ist: „*sed prohibere non valente*“, wenn man nicht einen Widerspruch beider Stellen annehmen will. Dass ein Widerspruch nicht angenommen werden dürfe, dafür spricht auch die in der unmittelbar folgenden 13 D. 18, 1 enthaltene Entscheidung des Pomponius (von dem auch 12 D. cit. herrührt): *Sed si servo meo vel cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante me sciente non teneri te exempto verum est.*

Mindestens würde auch als Ansicht des Pomponius anzunehmen sein, dass die Kenntniss des Prinzipals dann maassgebend ist, wenn der Vertreter nicht *suo (peculiari) nomine*, sondern *domini nomine* kontrahirt hat (vgl. über andere Vereinigungsversuche *Sintenis*, Civilrecht Bd. II § 102 Note 23).

Mit diesem Ergebnisse stimmt überein:

51 p. D. 21, 1. *Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait, ut nihil intersit peculiari au domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est, servum cum quo negotium gestum sit deceptum non esse et rursus delictum eiusdem quod in contrahendo admisit domino nocere debet, sed si servus mandatu domini hominem emerit quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.*

Hier unterscheidet African bei Fehlerhaftigkeit des Kaufobjects, wenn der Prinzipal die Fehlerhaftigkeit desselben gekannt hat, der Vertreter nicht, zwei Fälle. In dem einen Fall setzt er voraus, dass der Prinzipal keinen speziellen Auftrag zum Kauf dieser bestimmten Sache ertheilt hatte, sondern entweder Kaufsvollmacht im allgemeinen (*incertum*) oder Vollmacht zum Kaufe einer bestimmten Gattung (*certum*) ertheilt und entscheidet, dass durch die *scientia domini* die *actio redhibitoria* nicht ausgeschlossen werde; im zweiten Falle setzt er einen speziellen Auftrag zum Kauf dieser bestimmten Sache voraus

und entscheidet, dass die actio redhibitoria hier ausgeschlossen sein soll, wenn dem dominus die Fehlerhaftigkeit der Sache bekannt war.

Besondere Schwierigkeiten hat in der hier fraglichen Lehre stets 17 D. 40, 12 bereitet: In servo et in eo qui mandato nostro emit tale est; ut si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse licet is cui mandatum est ignoret idem sit: et non competet ei (ist „mihi“ statt „ei“ zu lesen. Vgl. 51 § 1 D. 21, 1 s. unten zu dieser Stelle) actio; contra autem, si ego ignoravi procurator scit non est mihi deneganda.

Mit der Glosse anzunehmen, dass im letzten Satze die actio mandati directa gegen den procurator auf Entschädigung wegen des durch sein Verschulden verursachten Schadens gemeint sei, geht unmöglich um desswillen an, weil ein Schaden für den dominus negotii gar nicht ersichtlich ist, wenn nicht der dominus bereits den Kaufpreis bezahlt hat, worüber die Stelle schweigt und weil ferner die Antithese in der Stelle so ganz unverständlich bliebe.

Aber auch mit *Vangerow* (Pand. III S. 300 7. Aufl.) darf man nicht annehmen, dass zwischen 16 § 3 D. 40, 12 (vgl. auch 22 § 5 D. eod.) und 17 D. eod. ein Widerspruch bestehe. Es wäre dies wohl der einzige nachweisbare Fall einer Antinomie zwischen zwei unmittelbar aufeinanderfolgenden Stellen.

Wenn ein Widerspruch vorläge, so könnte er nur darin gefunden werden, dass in 16 § 3 D. cit. die scientia procuratoris trotz der ignorantia domini für schädlich, in 17 D. eod. dagegen für unschädlich erklärt wird.

Eine nähere Betrachtung dieser verschiedenen Entscheidungen wird jedoch zeigen, dass auch die Voraussetzungen beider verschieden sind. In 16 § 3 cit. wird zuerst der Fall gesetzt, dass ein filius familias peculiari nomine, also ohne spezielles Geheiss des pater familias gekauft hat; sodann wird der Fall gesetzt, dass der filius nicht peculiari nomine, sondern pater mandante kaufte. Für diesen Fall wird entschieden, dass die scientia filii eben so schade, wie (quemadmodum) die des procurator schaden würde. Dass das Mandat an den filius ein mandatum ad certum hominem emendum sei, ist nicht gesagt und darf daher auch nicht ohne Weiteres angenommen werden.

In 17 D. cit. wird dagegen von vornherein vorausgesetzt, dass der Mandant einen *certus homo* bei seinem Mandat im Auge habe. Für diesen Fall wird, was die Eigenschaften dieses *certus homo* angeht, von *Paulus* lediglich auf die *scientia* bzw. *ignorantia* des Mandanten Gewicht gelegt.

So ist der Widerstreit mit 16 § 3 cit. beseitigt und es ergibt sich aus 17 D. cit. zu dem bereits in 51 p. D. 21, 1 enthaltenen Satze, dass beim Spezialmandat zum Kontrakt über eine *certa species* die *scientia domini* trotz *ignorantia* des Vertreters schade, der weitere Satz, dass in dem gleichen Falle *ignorantia domini* trotz *scientia* des Vertreters vor Schaden schütze. Eine Bestätigung hiefür erhalten wir durch 2 D. 44, 6 von Ulpian, von dem doch gewiss nicht angenommen werden darf, dass er mit sich selbst (in 16 § 3 cit.) in Konflikt gerathen sei. Ulpian entscheidet in 2 D. 44, 6 wie folgt:

Si servus, cum emerit, scit, ignoravit autem dominus vel contra, videndum est cuius potius spectanda sit scientia et magis est ut scientia inspicienda sit eius qui comparavit non eius cui adquiratur et ideo poena litigiosi competit; sic tamen si non mandatu domini emit; nam si mandatu, etiam si scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet et ita Julianus in re litigiosa scribit.

Nach Lage des hier besprochenen Falles kann es sich im letzten Satze nur um ein *mandatum ad certam rem litigiosam emendam* handeln (vgl. 4 p. C. 8, 37). In solchem Falle hat der *dominus* lediglich für seine eigene *scientia* über die Litigiosität einzustehen.

Wo ein Prokurator im eigenen Namen und nur für fremde Rechnung kontrahirt, da kommt die Person des *dominus negoti* dem dritten Kontrahenten gegenüber begreiflich beim Kontraktsabschluss überhaupt nicht in Betracht. Für diesen Fall ist daher Wissen und Nichtwissen des *dominus* vorerst völlig gleichgiltig, und bleibt gleichgiltig, wenn der Prokurator auch für seine Person die Klage erhebt. Dies ist die Bedeutung der 51 § 1 D. 21, 1:

Circa procuratoris personam cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse non dubitandum quin quamvis

ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus nihilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendum.

Diese Stelle handelt nicht von einem Falle der Stellvertretung, sondern von dem eines Kommissionskaufes, wie sich daraus ergibt, dass dem Prokurator (für sich) die actio redhibitoria versagt wird wegen seiner Kenntniss der Fehlerhaftigkeit, dass sie ihm also gewährt würde, wenn er die Fehlerhaftigkeit nicht gekannt hätte. Letzteren Falles wird es für gleichgiltig erklärt, dass der dominus die Fehlerhaftigkeit kannte.

Dem würde die bereits oben (S. 160) besprochene 17 D. 40, 12 widersprechen, wenn dort gelesen werden müsste: „et non competet ei actio“; nach dem ganzen Zusammenhange jener Stelle aber und insbesondere im Hinblick auf den Gegensatz, den die Worte: „non est mihi deneganda“ zu den eben angeführten Worten bilden sollen, scheint es mir nicht zu gewagt, mit den Basiliken XLVIII 8, 17 (ὁὐκ ἔχω ἀγωγὴν) und *Vangerow* (a. a. O. III S. 300) die Emendation „mihi“ statt „ei“ vorzunehmen.

Fastet man die positiven Bestimmungen des römischen Rechts nicht als Einzelentscheidungen, sondern als Ausdruck eines prinzipiellen Gedankens auf, so stimmen sie mit dem an die Spitze dieser letzten Untersuchung gestellten Satze überein. Für die Anwendung dieses Satzes bedarf es kaum der besonderen Hervorhebung, dass das Wissen des Vertretenen die Giltigkeit und die Folgen des abgeschlossenen Kontraktes dann nicht mehr beeinflussen kann, wenn es erst nach dem Abschlusse des Kontraktes eintritt. Nach dem jetzt festgestellten Prinzip wird sich auch ohne Schwierigkeit das von *Schliemann* gewählte, oben angeführte Beispiel entscheiden lassen.

Wenn A den B beauftragt, in seinem Namen von C das Pferd Y zu kaufen, und C das Pferd Y an B für A verkauft, B aber der irrthümlichen Meinung ist, er solle das Pferd X kaufen, und desshalb auch das Pferd X kaufen will, jedoch irrthümlich Y erklärt, so ist der Kauf für A nicht ungiltig;



würde aber der Auftrag lauten, ein Pferd zu kaufen, so würde, wenn B das Pferd X gewählt, aber irrthümlich das Pferd Y zu kaufen erklärt hätte, der Kauf ungiltig sein.

#### 4. Betrug und Zwang.

Wenn der Stellvertreter von dem dritten Kontrahenten betrogen oder gezwungen wurde, so liegen nicht besonders geartete Fälle, sondern nur Anwendungsfälle der für den Irrthum gefundenen Regeln vor, da es sich auch da um die Willensfreiheit des Vertreters handelt.

Der dem Vertreter gegenüber erzwungene oder durch Betrug erschlichene Kontrakt ist daher für den Prinzipal anfechtbar, wenn er nicht, trotz Kenntniss des Zwangs oder Betrugs, den Abschluss gerade dieses bestimmten Kontraktes gewollt und diesem Willen vor dem Abschluss genügenden Ausdruck gegeben hat.

Was für den Abschluss von Kontrakten hinsichtlich der Willensmängel gilt, das findet naturgemäss entsprechende Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte.

---



## Verzeichniss der besprochenen und allegirten Quellenstellen.

	Seite		Seite
Paulus rec. sent. V, 2 § 2 . . . . .	80	27 D. 4, 8 . . . . .	41
— — — — § 3 . . . . .	72	7 § 3 D. 4, 26 . . . . .	62
Gaius inst. IV 70, 71 . . . . .	93	56 D. 5, 1 . . . . .	127
Vaticana fragm. § 330. . . . .	44	31 p. D. 5, 3 . . . . .	65
5 J. 2, 9 . . . . .	80	41 § 1 D. 6, 1 . . . . .	112
3 J. 3, 19 . . . . .	104	77 D. 6, 1 . . . . .	42
19 J. 3, 19 . . . . .	72	7 § 13 D. 6, 2 . . . . .	153, 154
21 J. 3, 19 . . . . .	74	11 p. D. 6, 2 . . . . .	112
1 J. 4, 7 . . . . .	81—83, 93	14 D. 6, 2 . . . . .	112
2 J. 4, 7 . . . . .	81—83	1 § 2 D. 11, 6 . . . . .	41
3 J. 4, 7 . . . . .	84	2 § 2 D. 12, 1 . . . . .	63
8 J. 4, 7 . . . . .	50	2 § 4 D. 12, 1 . . . . .	56, 71
1 D. 1, 19 . . . . .	40, 56, 108, 113	9 § 8 D. 12, 1 . . . . .	56, 71, 113
2 D. 1, 19 . . . . .	108	15 D. 12, 1 . . . . .	71
15 D. 2, 11 . . . . .	94	18 D. 12, 1 . . . . .	56
2 § 2 D. 2, 13 . . . . .	84	26 D. 12, 1 . . . . .	56
2 D. 2, 14. . . . .	41	27 D. 12, 1 . . . . .	93
14 D. 2, 14 . . . . .	94	29 D. 12, 1 . . . . .	90
15 D. 2, 14 . . . . .	94	32 D. 12, 1 . . . . .	56
28 § 1 D. 2, 14 . . . . .	93, 94	5 § 2 D. 13, 5 . . . . .	58
37 D. 2, 14 . . . . .	93	5 § 6 D. 13, 5 . . . . .	57, 113
1 § 1 D. 3, 3 . . . . .	101	5 § 9 D. 13, 5 . . . . .	94
33 § 3 D. 3, 3 . . . . .	44	14 § 3 D. 13, 5 . . . . .	40, 57
67 D. 3, 3 . . . . .	59, 60, 113	15 D. 13, 5 . . . . .	40, 57, 73
72 D. 3, 3 . . . . .	73	11 § 6 D. 13, 7 . . . . .	53, 54, 73, 75—77
24 D. 3, 5 . . . . .	118, 120, 122	11 § 7 D. 13, 7 . . . . .	75—77
30 (31) p. D. 3, 5 . . . . .	90	12 D. 13, 7 . . . . .	77
7 D. 3, 6 . . . . .	39	16 p. D. 13, 7 . . . . .	94
15 § 2 D. 4, 3 . . . . .	154	20 p. D. 13, 7 . . . . .	125
3 § 11 D. 4, 4 . . . . .	42, 146, 147	29 D. 13, 7 . . . . .	55
4 D. 4, 4 . . . . .	146, 147	1 p. D. 14, 1 . . . . .	83, 84
23 D. 4, 4 . . . . .	147		

	Seite		Seite
1 § 5 D. 14, 1 . . . . .	150	13 D. 18, 1 . . . . .	159
1 § 7 D. 14, 1 . . . . .	89	28 D. 18, 1 . . . . .	52
1 § 9 D. 14, 1 . . . . .	85, 86	35 §§ 5, 6 D. 18, 1 . . . . .	53
1 § 12 D. 14, 1 . . . . .	111	38 D. 18, 1 . . . . .	53
1 § 25 D. 14, 1 . . . . .	92	42 D. 18, 1 . . . . .	41
2 D. 14, 1 . . . . .	92	46 D. 18, 1 . . . . .	42
7 D. 14, 1 . . . . .	86—89, 150	62 § 1 D. 18, 1 . . . . .	117
1 p. D. 14, 3 . . . . .	83	43 p. D. 18, 1 . . . . .	52
4 D. 14, 3 . . . . .	111	70 D. 18, 1 . . . . .	117
5 § 10 D. 14, 3 . . . . .	154	13 § 25 D. 19, 1 . . . . .	61
5 § 17 D. 14, 3 . . . . .	150	10 D. 19, 5 . . . . .	55
5 § 18 D. 14, 3 . . . . .	43, 94	11 p. D. 20, 1 . . . . .	53
6 D. 14, 3 . . . . .	44	16 § 1 D. 20, 1 . . . . .	125, 131
7 p. D. 14, 3 . . . . .	43	21 p. D. 20, 1 . . . . .	53
7 § 2 D. 14, 3 . . . . .	148	31 p. D. 20, 1 . . . . .	54
11 § 2 D. 14, 3 . . . . .	111, 123	51 p. D. 21, 1 . . . . .	159, 160
11 § 4 D. 14, 3 . . . . .	150	51 § 1 D. 21, 1 . . . . .	160, 161
13 p. D. 14, 3 . . . . .	84, 85	66 § 3 D. 21, 1 . . . . .	61, 126
13 § 2 D. 14, 3 . . . . .	92	4 § 1 D. 21, 2 . . . . .	94
16 D. 14, 3 . . . . .	91, 92	1 § 3 D. 21, 3 . . . . .	151
17 §§ 2, 3 D. 14, 3 . . . . .	150	24 § 2 D. 22, 1 . . . . .	47, 73
19 p. D. 14, 3 . . . . .	91	1 D. 23, 1 . . . . .	126
5 p. D. 14, 4 . . . . .	154	4 p. § 1 D. 23, 1 . . . . .	125, 126
21 § 1 D. 15, 1 . . . . .	154	5 D. 23, 1 . . . . .	125, 126
1 p. D. 15, 4 . . . . .	93	10 D. 23, 1 . . . . .	54
1 § 1 D. 15, 4 . . . . .	41, 111, 145	11 D. 23, 1 . . . . .	126
1 § 3 D. 15, 4 . . . . .	50	18 D. 23, 1 . . . . .	41
1 § 9 D. 15, 4 . . . . .	44, 108, 144, 145	5 § 3 D. 23, 3 . . . . .	94
2 p. D. 15, 4 . . . . .	94	1 §§ 1, 3, 4 D. 25, 3 . . . . .	44
4 D. 15, 4 . . . . .	94	2 § 4 D. 26, 6 . . . . .	42
1 § 11 D. 16, 3 . . . . .	80	9 p. D. 26, 7 . . . . .	93
15 D. 16, 3 . . . . .	55	22 D. 26, 7 . . . . .	94
1 § 1 D. 17, 1 . . . . .	41	43 § 1 D. 26, 7 . . . . .	93
10 § 5 D. 17, 1 . . . . .	89, 90	11 D. 26, 8 . . . . .	94
29 D. 17, 1 . . . . .	141	8 D. 26, 9 . . . . .	91
60 § 4 D. 17, 1 . . . . .	151	2 D. 27, 7 . . . . .	42, 45
4 p. D. 17, 2 . . . . .	41	10 § 1 D. 27, 10 . . . . .	94
16 D. 17, 2 . . . . .	41	11 D. 27, 10 . . . . .	94
33 D. 17, 2 . . . . .	41	28 D. 28, 7 . . . . .	45
65 § 7 D. 17, 2 . . . . .	41	25 §§ 2, 5, 8 D. 29, 2 . . . . .	108, 111
65 § 8 D. 17, 2 . . . . .	118	25 § 14 D. 29, 2 . . . . .	151
84 D. 17, 2 . . . . .	49—52, 113	48 D. 29, 2 . . . . .	48
1 § 2 D. 18, 1 . . . . .	41	50 D. 29, 2 . . . . .	111
12 D. 18, 1 . . . . .	156, 159	90 p. D. 29, 2 . . . . .	107

	Seite		Seite
65 p. § 3 D. 36, 1 . . . . .	106, 107	4 § 18 D. 44, 4 . . . . .	154
3 § 4 D. 37, 1 . . . . .	94	5 § 3 D. 44, 4 . . . . .	154
3 § 7 D. 37, 1 . . . . .	42, 48, 112, 133	2 D. 44, 6 . . . . .	161
8 D. 37, 1 . . . . .	93	11 D. 44, 7 . . . . .	70, 71, 75
16 D. 37, 1 . . . . .	134	38 § 17 D. 45, 1 . . . . .	72, 73, 104
un. § 1 D. 38, 3 . . . . .	94	61 D. 45, 1 . . . . .	65
1 § 2 D. 38, 9 . . . . .	112	120 § 2 D. 45, 1 . . . . .	42, 56
1 § 4 D. 38, 9 . . . . .	93	126 § 2 D. 45, 1 . . . . .	71, 73, 76
5 p. D. 38, 15 . . . . .	140	58 § 1 D. 46, 1 . . . . .	132, 133
1 § 3 D. 39, 1 . . . . .	45	66 D. 46, 1 . . . . .	128
11 § 4 D. 39, 4 . . . . .	42	17 D. 46, 2 . . . . .	111
13 D. 39, 5 . . . . .	63	12 § 2 D. 46, 3 . . . . .	151
35 § 2 D. 39, 5 . . . . .	71	14 p. D. 46, 3 . . . . .	138
4 p. D. 40, 2 . . . . .	151	18 D. 46, 3 . . . . .	151
15 § 3 D. 40, 2 . . . . .	42, 45	22 § 6 D. 46, 3 . . . . .	131, 132
22 D. 40, 2 . . . . .	45, 46, 113	25 D. 46, 3 . . . . .	65
15 § 1 D. 40, 9 . . . . .	151	34 § 3 D. 46, 3 . . . . .	151
30 § 1 D. 40, 9 . . . . .	46, 113	38 § 1 D. 46, 3 . . . . .	151
16 § 3 D. 40, 12 . . . . .	158—160	49 D. 46, 3 . . . . .	138
17 D. 40, 12 . . . . .	160, 161	53 D. 46, 3 . . . . .	65
22 §§ 1, 5 D. 40, 12 . . . . .	42	58 D. 46, 3 . . . . .	120—122, 138, 140
9 § 4 D. 41, 1 . . . . .	112	71 § 1 D. 46, 3 . . . . .	141, 142
10 p. D. 41, 1 . . . . .	42	71 § 2 D. 46, 3 . . . . .	138, 139
13 p. § 1 D. 41, 1 . . . . .	63, 101	7 D. 46, 8 . . . . .	133
20 § 2 D. 41, 1 . . . . .	42	18 D. 46, 8 . . . . .	129, 131, 133
53 D. 41, 1 . . . . .	42, 73, 78, 79	24 p. D. 46, 8 . . . . .	140
1 §§ 20, 21 D. 41, 2 . . . . .	101	24 § 1 D. 46, 8 . . . . .	120, 123, 128
25 § 1 D. 41, 2 . . . . .	42	25 § 1 D. 46, 8 . . . . .	140
42 § 1 D. 41, 2 . . . . .	112	18 D. 48, 5 . . . . .	42, 47
49 § 2 D. 41, 2 . . . . .	102	1 § 13 D. 48, 16 . . . . .	42
41 D. 41, 3 . . . . .	42, 101, 102	12 § 2 D. 49, 15 . . . . .	124
47 D. 41, 3 . . . . .	102	8 D. 50, 7 . . . . .	42
1 § 5 D. 42, 2 . . . . .	111	73 § 4 D. 50, 17 . . . . .	72
12 p. D. 42, 5 . . . . .	73	123 D. 50, 17 . . . . .	47
25 § 3 D. 42, 8 . . . . .	152	10 C. 2, 13 . . . . .	151
4 D. 43, 5 . . . . .	152	4 C. 4, 2 . . . . .	71
3 p. D. 43, 24 . . . . .	42, 73	7 C. 4, 2 . . . . .	56
13 § 6 D. 43, 24 . . . . .	113	9 § 1 C. 4, 5 . . . . .	60, 126
2 § 2 D. 43, 26 . . . . .	55	3 C. 4, 12 . . . . .	74
6 § 1 D. 43, 26 . . . . .	55—126	1 C. 4, 27 . . . . .	72, 73
8 p. D. 43, 26 . . . . .	55	2 C. 4, 27 . . . . .	53, 73, 75—77
9 D. 43, 26 . . . . .	55	12 C. 4, 35 . . . . .	151
13 D. 43, 26 . . . . .	55	1 C. 4, 48 . . . . .	53
4 § 17 D. 44, 4 . . . . .	153	16 C. 4, 49 . . . . .	53

	Seite		Seite
6 C. 4, 50 . . . . .	66—70	5 C. 6, 30 . . . . .	107
7 C. 4, 50 . . . . .	42	12 C. 6, 30 . . . . .	105
9 C. 4, 50 . . . . .	42	17 C. 6, 30 . . . . .	106
3 C. 4, 51 . . . . .	53	18 §§ 4, 5 C. 6, 30 . . . . .	94
5 C. 5, 1 . . . . .	42	3 C. 7, 1 . . . . .	47
12 C. 5, 12 . . . . .	74	4 C. 7, 26 . . . . .	126
9 C. 5, 16 . . . . .	53, 69, 70	2 C. 7, 32 . . . . .	42
10 C. 5, 16 . . . . .	58	3 p. C. 8, 37 . . . . .	104
16 C. 5, 16 . . . . .	58, 68, 69	11 C. 8, 44 . . . . .	42
3 C. 5, 39 . . . . .	90	24 p. C. 8, 44 . . . . .	53
4 C. 5, 75 . . . . .	45	22 C. 8, 54 . . . . .	55
4 C. 6, 30 . . . . .	106		



### Druckfehler:

Auf S. 49 Zeile 9 v. u. lies 84 D. 17, 2 statt 64 D. 17, 2.









